

CNUDCI Annuaire

Volume XLI: 2010



**COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL**

ANNUAIRE

Volume XLI: 2010



**NATIONS UNIES
New York, 2016**

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/2010

ISSN 0251-4257

Copyright © Nations Unies, novembre 2016. Tous droits réservés pour tous pays.

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

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	vi
Première partie. Rapport de la Commission sur sa session annuelle: observations et décisions concernant ce rapport	
QUARANTE-TROISIÈME SESSION (2010)	3
A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010) (A/65/17)	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-septième session (TD/B/57/8)	113
C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/65/465)	114
D. Résolutions 65/21, 65/22, 65/23, 65/24 et 65/32 de l'Assemblée générale	128
Deuxième partie. Études et rapports sur des sujets étudiés par la Commission	
I. ARBITRAGE ET CONCILIATION	145
A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante et unième session (Vienne, 14-18 septembre 2009) (A/CN.9/684)	145
B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante et unième session (A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1)	173
C. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (New York, 1 ^{er} -5 février 2010) (A/CN.9/688)	187
D. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-deuxième session (A/CN.9/WG.II/WP.157 et Add.1 et 2)	213
II. SÛRETÉS	257
A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009) (A/CN.9/685)	257
B. Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumis au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7)	282
C. Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.VI/WP.40)	395

D.	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 8-12 février 2010) (A/CN.9/689)	400
E.	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7)	419
III.	DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	553
A.	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009) (A/CN.9/686)	553
B.	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session (A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2)	576
C.	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010) (A/CN.9/691)	669
D.	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2)	689
E.	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6)	792
IV.	PASSATION DE MARCHÉS	839
A.	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009) (A/CN.9/687)	839
B.	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8)	876
C.	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-huitième session (New York, 12-16 avril 2010) (A/CN.9/690)	974
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 – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8)	1010
V.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	1113
A.	Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/692)	1113
B.	Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1)	1131
C.	Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales (A/CN.9/706)	1163

D.	Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité – Nouvelle proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation par le secrétariat de la CNUDCI d'une étude sur la faisabilité et le champ d'application éventuel d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes (A/CN.9/709)	1182
E.	Travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique – Note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/710)	1185
VI.	RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT).....	1193
VII.	ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT.....	1195
	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/695 et Add.1)	1195
VIII.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	1223
	État des conventions et des lois types (A/CN.9/694)	1223
IX.	COORDINATION ET COOPÉRATION.....	1251
	Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/707 et Add.1)	1251

Troisième partie. Annexes

I.	COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL.....	1281
II.	BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/693)	1421
III.	LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL.....	1465
IV.	LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'ANNUAIRE	1473

INTRODUCTION

Le présent volume est le quarantième et unième des *Annuaire*s de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹.

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-troisième session, tenue à New York du 21 juin au 9 juillet 2010, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

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

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

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

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

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

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

Première partie

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

QUARANTE-TROISIÈME SESSION (2010)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010) (A/65/17)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
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 d'un Comité plénier	11
F. Adoption du rapport	12
III. Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	13-191
A. Organisation des délibérations	13-15
B. Rapport du Comité plénier	16-186
Section I. Dispositions préliminaires	16-51
Section II. Composition du tribunal arbitral	52-78
Section III. Procédure arbitrale	79-137
Section IV. La sentence	138-186
C. Adoption de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	187
D. Éventuelles recommandations aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés	188-189
E. Travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux	190-191
IV. Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	192-227
A. Introduction	192-194
B. Examen du projet de supplément	195-226

C.	Adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	227
V.	Finalisation et adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	228-233
A.	Examen du projet de troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	228-232
B.	Décision portant adoption de la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	233
VI.	Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I	234-239
VII.	Travaux futurs possibles dans les domaines du commerce électronique et du règlement des litiges en ligne	240-257
A.	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	240-250
B.	Travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique	251-257
VIII.	Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité	258-261
IX.	Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés	262-273
X.	Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance	274-280
XI.	Suivi de l'application de la Convention de New York	281-284
XII.	Assistance technique en matière de réforme du droit	285-289
XIII.	Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI	290-293
XIV.	État et promotion des textes de la CNUDCI	294-298
XV.	Méthodes de travail de la CNUDCI	299-306
XVI.	Coordination et coopération	307-312
A.	Généralités	307-309
B.	Rapports d'autres organisations internationales	310-312
XVII.	Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international	313-336
A.	Lois et pratiques des États dans l'application et l'interprétation des textes de la CNUDCI à l'échelon national: points de vue des États bénéficiaires sur les travaux de la CNUDCI	321-328
B.	Coordination et cohérence de l'assistance technique et renforcement des capacités dans les domaines d'activité de la CNUDCI, et mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance	329-333
C.	Décisions de la Commission	334-336
XVIII.	Concours d'arbitrage commercial international	337-339
A.	Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2010	337-338

B.	Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2010	339
XIX.	Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale	340-342
XX.	Questions diverses	343-349
A.	Programme de stages	343-344
B.	Cadre stratégique pour l'exercice biennal 2012-2013	345-347
C.	Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission	348-349
XXI.	Date et lieu des réunions futures	350-355
A.	Quarante-quatrième session de la Commission	350
B.	Sessions des groupes de travail	351-355
Annexes		
I.	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010)	
II.	Terminologie et recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	
III.	Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI	
IV.	Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-troisième session	

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur la quarante-troisième session de la Commission, tenue à New York du 21 juin au 9 juillet 2010.
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 quarante-troisième session de la Commission a été ouverte le 21 juin 2010 par la Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques, Conseillère juridique de l'Organisation.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États, élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 22 mai 2007, le 3 novembre 2009 et le 15 avril 2010, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹: Afrique du Sud (2013), Algérie (2016), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bahreïn (2013), Bélarus (2011), Bénin (2013), Bolivie (État plurinational de) (2013), Botswana (2016), Brésil (2016), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), El Salvador (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), Fidji (2016), France (2013), Gabon (2016), Grèce (2013), Honduras (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Jordanie (2016), Kenya (2016), Lettonie (2013), Malaisie (2013), Malte (2013), Maurice (2016), Maroc (2013), Mexique (2013), Namibie (2013), Nigéria (2016), Norvège (2013), Ouganda (2016), Pakistan (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013), République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Bahreïn, Bolivie (État plurinational de), Botswana, Gabon, Lettonie, Malte, Maroc, Namibie, Ouganda et Sri Lanka.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Émirats arabes unis, Éthiopie, Finlande, Ghana, Guatemala, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Madagascar, Panama, Pays-Bas, Qatar, Slovaquie, Slovénie, Suisse et Trinité-et-Tobago. Y a également assisté un observateur du Saint-Siège.

7. Y ont également assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale, Bureau des affaires juridiques du Secrétariat, Fonds monétaire international, Organisation mondiale de

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

la propriété intellectuelle (OMPI) et Union internationale des télécommunications (UIT);

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Cour permanente d'arbitrage (CPA) et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et Union européenne;

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), American Bar Foundation, Asia Pacific Regional Arbitration Group, Association arabe pour l'arbitrage international, Association communautaire du droit des marques, Association du transport aérien international (IATA), Association française des entreprises privées, Association internationale du barreau, Association internationale des marques, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Comité français de l'arbitrage, Commercial Finance Association, Corporate Counsel International Arbitration Group, Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres, Independent Film and Television Alliance, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL), Institut du droit commercial international de la Pace University, Institut international du développement durable, Institut international pour l'arbitrage, International Association of Restructuring, International Law Institute, International Swaps and Derivatives Association, Moot Alumni Association, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, New York City Bar et School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres;

d) *Autres entités auxquelles a été adressée une invitation permanente à participer en qualité d'observateur aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et ayant un bureau permanent au Siège de l'ONU*: Ordre souverain de Malte.

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. 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: Ricardo Sandoval López (Chili)

Vice-Présidents: Salim Moollan (Maurice)

Kathryn Sabo (Canada)

Wisit Wisitsora-at (Thaïlande)

Rapporteur: Gerard Jirair Mekjian (Arménie)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission, était le suivant:
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
 5. Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles.
 6. Finalisation et adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité.
 7. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I.
 8. Travaux futurs possibles dans les domaines du commerce électronique et du règlement des litiges en ligne.
 9. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité.
 10. Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés.
 11. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance.
 12. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
 13. Assistance technique en matière de réforme du droit.
 14. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI.
 15. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
 16. Méthodes de travail de la CNUDCI.
 17. Coordination et coopération:
 - a) Généralités;
 - b) Rapports d'autres organisations internationales.
 18. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.
 19. Concours d'arbitrage commercial international.
 20. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
 21. Questions diverses.
 22. Date et lieu des réunions futures.
 23. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution d'un Comité plénier

11. La Commission a constitué un Comité plénier, qu'elle a chargé d'examiner le point 4 de l'ordre du jour. Elle a élu Michael Schneider (Suisse, agissant à titre personnel) à la présidence du Comité. Ce dernier s'est réuni du 21 au 25 juin 2010 et a tenu 10 séances. À sa 910^e séance, le 25 juin, la Commission a examiné et adopté le rapport du Comité plénier, qu'elle est convenue d'inclure dans le présent rapport (voir par. 187 ci-dessous). (Le rapport du Comité plénier est reproduit aux paragraphes 16 à 186 ci-dessous.)

F. Adoption du rapport

12. À sa 910^e séance, le 25 juin, ses 915^e et 916^e séances, le 30 juin, sa 919^e séance, le 2 juillet, et sa 924^e séance, le 9 juillet 2010, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

A. Organisation des délibérations

13. La Commission était saisie des rapports du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de ses cinquante et unième (Vienne, 14-18 septembre 2009) et cinquante-deuxième (New York, 1^{er}-5 février 2010) sessions (A/CN.9/684 et A/CN.9/688, respectivement) ainsi que du texte du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui était le fruit de la troisième lecture effectuée par le Groupe de travail lors de sa cinquante-deuxième session et qui figurait dans les documents A/CN.9/703 et Add.1. Elle a pris note du résumé des délibérations dont le projet de version révisée avait fait l'objet depuis la quarante-cinquième session du Groupe de travail (Vienne, 11-15 septembre 2006). Elle a également pris note des commentaires formulés sur le projet par des gouvernements et des organisations internationales et regroupés dans les documents A/CN.9/704 et Add.1 à 10.

14. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle avait noté que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)² – l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage – était considéré par beaucoup comme un texte très réussi, ayant été adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires. Compte tenu du succès et du prestige dont il jouissait, elle avait généralement estimé qu'une révision éventuelle ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse et non le compliquer³. À sa quarantième session, en 2007, la Commission avait noté que la révision du Règlement devrait viser à le moderniser et à promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière

² Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), par. 57.

³ Ibid., soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17), par. 184.

générale, elle était convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure et l'esprit initiaux du Règlement, avait guidé utilement les délibérations de ce dernier⁴.

15. Le Comité plénier créé par la Commission à sa session en cours (voir par. 11 ci-dessus) a examiné le texte du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Son rapport est reproduit à la section B ci-après.

B. Rapport du Comité plénier

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application

Projet d'article premier

16. Le Comité est convenu de remplacer les mots figurant entre crochets au paragraphe 2 par "le 15 août 2010". Il a décidé que la version révisée du Règlement entrerait en vigueur à compter de cette date. Il a adopté quant au fond le projet d'article premier ainsi modifié.

Notification et calcul des délais

Projet d'article 2

17. Le Comité a examiné le projet d'article 2 et a noté qu'il faisait partie des dispositions qui n'avaient pas été entièrement examinées par le Groupe de travail pendant la troisième lecture du projet de version révisée du Règlement.

18. Un certain nombre de problèmes ont été soulevés au sujet du projet d'article 2. En ce qui concerne la structure, on a dit qu'il était préférable de décrire d'abord les moyens de communication acceptables, ce que faisait actuellement le paragraphe 3, et de ne se préoccuper qu'après seulement des questions concernant la réception d'une notification remise par l'un de ces moyens de communication. Il a donc été proposé de déplacer le paragraphe 3 et d'en faire le paragraphe 1 du projet d'article 2.

19. Il a été dit que la règle du paragraphe 3, selon laquelle le moyen de communication devait attester les informations qui figuraient dans la notification, excluait apparemment beaucoup de méthodes utilisées habituellement pour vérifier qu'une communication avait été reçue, par exemple, les reçus des coursiers. En outre, il a été jugé que la règle selon laquelle le moyen de communication devait attester la réception ne semblait pas cadrer avec l'objet des paragraphes 1 b) et 2, qui traitaient la question de savoir si la notification était "réputée reçue". Cette règle a été jugée inhabituelle et susceptible de soulever des difficultés pratiques. Il a été proposé de parler plutôt de "transmission", de "remise" ou d'"envoi" de la notification et d'éviter de mentionner la notion de réception dans le paragraphe 3. Il a été dit que les cas dans lesquels le destinataire n'ait avoir reçu une notification devraient être réglés par le tribunal arbitral, conformément au paragraphe 1 du projet d'article 27, concernant la charge de la preuve.

⁴ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 174.

20. Le Comité a rappelé que le Groupe de travail avait décidé d'insérer dans le Règlement une disposition autorisant expressément à la fois les moyens électroniques et les formes traditionnelles de communication. Il a été dit, à ce propos, que la version révisée du projet d'article 2 devrait comporter un libellé conforme aux instruments que la CNUDCI avait précédemment élaborés en matière de commerce électronique, tels que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁵ ou la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)⁶. Il a été estimé que l'emploi du mot "expédition" dans le projet d'article 2 conviendrait davantage pour aligner ce dernier sur les instruments précités. D'autres ont émis des doutes sur le caractère approprié de cette terminologie.

21. Pour ce qui concerne le paragraphe 2, un avis a été exprimé selon lequel cette disposition devrait être complétée pour prendre en compte les cas dans lesquels le destinataire refuserait la remise ou la réception d'une notification, car il a été estimé qu'elle ne visait pas cette situation.

22. Le projet d'article 2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.157 a été appuyé, au motif qu'il était plus proche du libellé de la version du Règlement de 1976.

23. Le Comité a examiné la proposition ci-après pour le projet d'article 2:

“1. Une notification, y compris une communication ou une proposition, peut être transmise par tout moyen de communication qui atteste ou permet d'attester sa transmission.

2. Si une adresse a été désignée par une partie spécialement à cette fin ou a été autorisée par le tribunal arbitral, toute notification est remise à cette partie à ladite adresse, auquel cas elle est réputée avoir été reçue. Une notification ne peut être remise par des moyens électroniques, comme la télécopie ou le courrier électronique, qu'à une adresse ainsi désignée ou autorisée.

3. À défaut d'une telle désignation ou autorisation, une notification est:

a) Reçue si elle a été remise en mains propres du destinataire; ou

b) Réputée avoir été reçue si elle a été remise à l'établissement, à la résidence habituelle ou à l'adresse postale du destinataire.

4. Si, après des diligences raisonnables, une notification ne peut être remise conformément au paragraphe 2 ou 3, elle est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen qui atteste la remise ou la tentative de remise.

5. Une notification est réputée avoir été reçue le jour de sa remise conformément au paragraphe 2, 3 ou 4, ou de la tentative de sa remise conformément au paragraphe 4.

⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

6. Tout délai prévu dans le présent Règlement court à compter du lendemain du jour où une notification est reçue. Si le dernier jour du délai est férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés."

24. Le contenu de la proposition a bénéficié de l'appui général. Afin de préciser à quel moment était remise une notification transmise par un moyen de communication électronique, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 5 les mots suivants: "Une notification transmise par des moyens électroniques est réputée avoir été reçue le jour de sa transmission." Les avis, exprimés précédemment au cours de la discussion, concernant la nécessité éventuelle d'aligner la version révisée du Règlement sur d'autres instruments de la CNUDCI traitant des questions de communication électronique ont été réitérés. D'une manière plus générale, la discussion s'est concentrée sur le point de savoir si toutes les notifications envisagées dans le Règlement devraient se fonder sur la règle de la réception ou sur la règle de l'expédition. La question de savoir si la notification d'arbitrage devrait faire l'objet d'une règle particulière a également été examinée. Une règle selon laquelle une communication électronique devrait être réputée reçue le jour de son envoi a été appuyée. Il a été généralement admis qu'une règle prévoyant que la notification était réputée reçue au moment où elle parvenait à l'adresse électronique du destinataire serait davantage conforme aux autres instruments de la CNUDCI et, partant, plus susceptible de promouvoir les communications électroniques dans l'arbitrage international. Toutefois, on a exprimé la crainte que, dans la pratique quotidienne de l'arbitrage, l'obligation pour l'expéditeur d'une notification électronique de confirmer la date de remise à l'adresse du destinataire avant de pouvoir calculer les délais des autres obligations s'imposant aux parties dans le cadre de l'arbitrage (conformément au paragraphe 6 du projet d'article 2) ne soit trop lourde, alors que la date d'envoi pouvait être aisément établie. Il a été noté à cet égard que le paragraphe 5 se limitait à la question de savoir *quand* une notification envoyée par voie électronique était réputée reçue. La question de savoir *si* une telle notification était réputée reçue relevait du paragraphe 2, lequel disposait que la notification était réputée reçue à condition d'être remise à l'adresse. Ainsi, la partie à laquelle était destinée la notification pouvait toujours, a-t-on dit, objecter que cette dernière, même envoyée électroniquement à son adresse à un moment déterminé, n'avait en réalité pas été remise (et, partant, ne pouvait être "réputée reçue"). L'avis a été exprimé que le projet d'article 2 devrait refléter une pratique dans laquelle le recours aux communications électroniques demeurerait limité.

25. Après discussion, le Comité a adopté la disposition ci-après, qui serait insérée à la fin du paragraphe 5: "Une notification transmise par des moyens électroniques est réputée avoir été reçue le jour de son envoi. Toutefois, une notification d'arbitrage ainsi transmise n'est réputée avoir été reçue que le jour où elle parvient à l'adresse électronique du destinataire."

26. Il a été précisé que les mots "spécialement à cette fin" employés au paragraphe 2 après les mots "désignée par une partie" devraient être interprétés comme visant également la mention d'adresses pour les notifications générales dans les contrats qui contenaient la convention d'arbitrage ou qui s'y référaient.

27. Le Comité a confirmé que, selon lui, la première phrase du paragraphe 6 devait être interprétée comme visant à la fois la notification reçue effectivement et la notification réputée reçue.

28. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté quant au fond le projet d'article 2, dont le texte figure aux paragraphes 23 et 25 ci-dessus.

Notification d'arbitrage

Projet d'article 3

29. Dans un souci de cohérence avec les dispositions du projet d'article 2, le Comité est convenu de remplacer dans la version anglaise le mot "give", qui apparaissait avant l'expression "to the other party" ("à l'autre partie") dans le paragraphe 1, par le mot "communicate". Il a adopté quant au fond le projet d'article 3 ainsi modifié.

Réponse à la notification d'arbitrage

Projet d'article 4

30. Le Comité a rappelé que le projet d'article 4 avait pour objet de permettre au défendeur d'exposer sa position avant la constitution du tribunal arbitral en répondant à la notification d'arbitrage, et d'éclaircir au début de la procédure les principales questions que soulevait le litige.

Paragraphe 1

31. Il a été fait observer que le délai de trente jours dans lequel devait être communiquée la réponse à la notification d'arbitrage risquait d'être trop court dans certains cas, en particulier dans les arbitrages complexes ou dans les arbitrages auxquels participaient des entités, comme des États ou des organisations intergouvernementales.

32. Il a été signalé à cet égard qu'en raison de leurs pratiques et procédures particulières l'Organisation des Nations Unies, y compris ses organes subsidiaires, et d'autres organisations intergouvernementales pourraient se voir dans l'impossibilité d'agir dans le délai prévu.

33. Il a été dit que l'allongement du délai imparti pour communiquer la réponse à la notification d'arbitrage ne serait pas une solution satisfaisante pour les arbitrages purement commerciaux entre parties privées. Il a été proposé de régler le problème des arbitrages impliquant des États ou des organisations intergouvernementales ou celui des arbitrages complexes en complétant le texte de manière à y indiquer que la réponse devrait être communiquée "si possible" dans un délai de trente jours. Une autre proposition était de prévoir que la réponse à la notification d'arbitrage était simplement indicative.

34. Ces propositions ont suscité des objections au motif que la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification visaient en fait à clarifier des questions en suspens, objectif qui ne pourrait pas être atteint si le délai de réponse n'était pas obligatoire.

35. Il a été dit que la réponse à la notification d'arbitrage portait principalement sur deux types de questions: d'une part, celles ayant trait aux chefs de demande et,

d'autre part, celles concernant la composition du tribunal arbitral. Seul le premier type de questions, a-t-on dit, constituait une nouveauté introduite par le projet d'article 4, par rapport à la version du Règlement de 1976. Il a en outre été souligné que l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 30 prévoyait déjà que l'absence de réponse, de la part du défendeur, à la notification d'arbitrage ne devait pas être considérée par le tribunal arbitral comme une acceptation des allégations du demandeur.

36. Le Comité est convenu que la réponse à la notification d'arbitrage ne devait pas limiter le droit du défendeur de répondre sur le fond du litige à un stade ultérieur de la procédure, notamment dans son mémoire en défense comme le prévoyait le projet d'article 21. Il a également été dit que, pour résoudre les problèmes soulevés au sujet du délai de réponse à la notification, le défendeur pourrait soit demander une prorogation de ce délai soit insister sur le caractère provisoire de sa réponse.

37. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

38. En ce qui concerne la rédaction du paragraphe, le Comité est convenu d'ajouter les mots "devant être" avant le mot "constitué" à l'alinéa a). Il a adopté quant au fond le paragraphe 2 ainsi modifié.

Paragraphe 3

39. Le Comité a adopté le paragraphe 3 quant au fond sans modification.

Représentation et assistance

Projet d'article 5

40. Il a été proposé de modifier la deuxième phrase du projet d'article 5 comme suit: "Les pouvoirs de ces personnes (représentants) doivent être certifiés en bonne et due forme conformément au droit privé du pays où a lieu l'arbitrage et leurs noms et adresses doivent être communiqués à toutes les parties et au tribunal arbitral." Cette proposition n'a pas été appuyée.

41. Le Comité a adopté le projet d'article 5 quant au fond sans modification.

Autorités de désignation et de nomination

Projet d'article 6

42. Le Comité a examiné le projet d'article 6, sur les autorités de désignation et de nomination. Cette disposition énonçait le principe selon lequel l'autorité de nomination pouvait être désignée par les parties à tout moment au cours de la procédure d'arbitrage, et non pas seulement dans les cas actuellement prévus par le Règlement. Elle visait également à bien mettre en évidence l'importance du rôle de l'autorité de nomination, en particulier dans les arbitrages ad hoc.

Paragraphe 1

43. Il a été demandé si le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) devait être mentionné dans le Règlement comme un exemple de personne pouvant assumer la fonction d'autorité de nomination. Il a été proposé de supprimer les mots "y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (ci-après la 'CPA')" du paragraphe 1. Cette proposition n'a pas été appuyée.

44. Il a par ailleurs été proposé de limiter expressément dans le Règlement le rôle du Secrétaire général de la CPA à celui d'autorité de désignation. En réponse à cette proposition, il a été fait observer que, dans certains cas, le Secrétaire général de la CPA avait également rempli la fonction d'autorité de nomination dans le cadre du Règlement. Il a également été dit que cette proposition, si elle était acceptée, serait contraire à cette pratique et risquait d'entraîner l'invalidation des conventions d'arbitrage qui désignaient le Secrétaire général de la CPA comme autorité de nomination.

45. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphes 2 et 3

46. Il a été déclaré qu'en raison de leurs pratiques et procédures particulières l'Organisation des Nations Unies, y compris ses organes subsidiaires, et d'autres organisations intergouvernementales pourraient se voir dans l'impossibilité de désigner une autorité de nomination dans le délai prévu au paragraphe 2.

47. Le Comité a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

48. Le Comité a noté que le paragraphe 4 ne traitait pas des conséquences en cas d'inaction de la part d'une autorité de nomination lorsqu'un arbitre était récusé. Aucun délai n'ayant été fixé dans le projet d'article 13 pour que l'autorité de nomination se prononce sur une récusation, ce cas ne relevait d'aucune des situations énumérées au paragraphe 4. Il a été proposé, pour résoudre ce problème, de modifier comme suit la première phrase du paragraphe 4: "Si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent Règlement ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer." Cette proposition a été adoptée par le Comité.

49. Le Comité est convenu que, dans un souci de clarté, les fonctions du Secrétaire général de la CPA concernant l'examen des honoraires et dépenses des arbitres devraient être traitées au paragraphe 4 du projet d'article 41. Il est donc convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 4 et d'insérer au début de ce même paragraphe 4 les mots: "Sous réserve de l'article 41, paragraphe 4".

50. Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 4 ainsi qu'il a été modifié aux paragraphes 48 et 49 ci-dessus.

Paragraphes 5 à 7

51. Le Comité a adopté les paragraphes 5 à 7 quant au fond sans modification.

Section II. Composition du tribunal arbitral**Nombre d'arbitres****Projet d'article 7**

52. Le Comité a pris note d'une proposition selon laquelle l'arbitre unique qui serait nommé à défaut d'accord entre les parties sur le nombre d'arbitres pourrait décider, à la demande de l'une d'elles, que le tribunal arbitral serait composé de trois arbitres (voir document A/CN.9/704/Add.6). Cette proposition n'a pas été appuyée.

53. Le Comité a adopté le projet d'article 7 quant au fond sans modification.

Nomination des arbitres (projets d'articles 8 à 10)**Projet d'article 8**

54. Le Comité a adopté le projet d'article 8 quant au fond sans modification.

Projet d'article 9*Paragraphe 1*

55. Il a été dit que le paragraphe 1 du projet d'article 9 ne prévoyait pas la possibilité de consultations entre les arbitres et les parties avant le choix de l'arbitre-président. Pour éviter que ce paragraphe ne soit interprété comme excluant ce type de consultations, lesquelles, a-t-on dit, avaient lieu dans la pratique, il a été proposé d'en modifier la seconde phrase comme suit: "Les deux arbitres ainsi nommés choisissent, après consultation des parties s'ils en décident ainsi, le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral."

56. On s'est demandé s'il était nécessaire de modifier le paragraphe 1 comme il était proposé de le faire. Il a été dit que, si des consultations avaient lieu en pratique, les institutions arbitrales internationales ne les prévoyaient pas dans le texte de leur règlement d'arbitrage. Il a aussi été estimé que, avant d'ajouter une telle disposition, il fallait préciser davantage comment les arbitres mèneraient de telles consultations. En réponse à une préoccupation suscitée par le fait que ce type de consultations entre les parties et les arbitres pourraient créer des problèmes eu égard au devoir d'impartialité et d'indépendance des arbitres, le Comité est convenu que ces consultations ne devraient pas être considérées comme portant atteinte à ce devoir. Il a en outre été indiqué que des codes de déontologie pour les arbitres, comme les règles de déontologie pour les arbitres internationaux (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators)⁷ de l'Association internationale du barreau ou le code de déontologie pour les arbitres dans les litiges commerciaux (Code of

⁷ Disponibles à la date du présent rapport à l'adresse www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes)⁸ de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association, prévoyaient en substance que, dans les arbitrages où les deux arbitres nommés par les parties devaient choisir le troisième, chacun de ces deux arbitres pouvait consulter la partie qui l'avait nommé à propos du choix du troisième arbitre.

57. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

58. Le Comité a adopté le paragraphe 2 quant au fond sans modification.

Paragraphe 3

59. On a fait observer que le paragraphe 3 (selon lequel l'arbitre-président devait être nommé conformément à la procédure prévue au paragraphe 2 du projet d'article 8 pour la nomination de l'arbitre unique) renvoyait à juste titre à "l'article 8, paragraphe 2". Pour rendre compte également, dans le paragraphe 3 du projet d'article 9, de la règle importante du paragraphe 1 du projet d'article 8, en vertu duquel l'autorité de nomination devait agir "à la demande d'une partie", il a été proposé que le dernier membre de phrase du paragraphe 3 du projet d'article 9 renvoie à l'article 8, et non pas seulement au paragraphe 2 de l'article 8. La proposition tendant à supprimer les mots "paragraphe 2" a été retenue et le Comité a adopté le paragraphe 3 quant au fond ainsi modifié.

Projet d'article 10

60. Il a été noté que le principe énoncé au paragraphe 3, selon lequel l'autorité de nomination devait nommer tous les arbitres du tribunal lorsque les parties n'étaient pas parvenues à le faire, était important, en particulier dans des situations comme celle à l'origine de l'affaire *BKMI et Siemens c. Dutco*⁹. Il a été dit que, dans cette affaire, la décision s'était fondée sur le fait que les parties devaient bénéficier d'un traitement égal, ce dont tenait compte le paragraphe 3 en transférant le pouvoir de nomination à l'autorité de nomination. Il a donc été proposé d'insérer à la fin de ce paragraphe 3 les mots "tout en respectant l'égalité des parties".

61. Le Comité s'est accordé à reconnaître que l'égalité des parties était un des principes fondamentaux de l'arbitrage, qui devait également être respecté par l'autorité de nomination. Il a toutefois été noté que le transfert du pouvoir de nomination à ladite autorité préservait ce principe. Le Comité a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter les mots en question dans le Règlement.

62. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le projet d'article 10 quant au fond sans modification.

⁸ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.abanet.org/dispute/commercial_disputes.pdf.

⁹ *BKMI et Siemens c. Dutco*, Cour de cassation (Première chambre civile), 7 janvier 1992, (voir *Revue de l'Arbitrage*, 1992, p. 470).

Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (projets d'articles 11 à 13)**Projet d'article 11**

63. Il a été proposé d'insérer dans le projet d'article 11 une disposition qui dispenserait un arbitre de l'obligation de signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance lorsque ces circonstances étaient déjà connues des parties. Cette proposition a recueilli peu de soutien. On a dit que cette situation était déjà traitée tant au paragraphe 2 du projet d'article 12, qui n'autorisait une partie à récuser l'arbitre qu'elle avait nommé que pour une cause dont elle avait eu connaissance après cette nomination, qu'au paragraphe 1 du projet d'article 13, qui prévoyait qu'une partie disposait d'un délai de 15 jours pour récuser un arbitre une fois qu'elle avait pris connaissance des circonstances susmentionnées.

64. Il a également été proposé de préciser la formule "circonstances de nature à soulever des doutes sérieux" en ajoutant les mots "de l'avis d'un tiers impartial" après les mots "doutes sérieux". Cette proposition n'a pas été appuyée.

65. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le projet d'article 11 quant au fond sans modification.

Projet d'article 12

66. Le Comité a adopté le projet d'article 12 quant au fond sans modification.

Projet d'article 13

67. Afin de limiter les récusations abusives, il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 les mots suivants: "et, dans la mesure du possible, mentionne les documents et les preuves sur lesquels est fondée cette récusation". Il a aussi été proposé d'exiger que l'autorité de nomination motive sa décision concernant la récusation d'un arbitre. On a également proposé d'ajouter les mots "dans un délai raisonnable" à la fin du paragraphe 4, pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement, lorsque l'autorité de nomination ne se montrait pas suffisamment réactive. Ces propositions n'ont pas été appuyées.

68. Il a été noté que le projet d'article 2 énonçait une règle générale d'interprétation selon laquelle tout délai prévu dans le Règlement "court à compter du lendemain du jour où la notification, la communication ou la proposition est reçue". On a toutefois noté que le paragraphe 4 du projet d'article 13 mentionnait, comme point de départ pour le calcul du délai, la "date de la notification de la récusation" et non sa date de réception. Le Comité a confirmé que le point de départ prévu au paragraphe 4 du projet d'article 13 était correctement défini aux fins dudit paragraphe.

69. Le Comité a adopté le projet d'article 13 quant au fond sans modification.

Remplacement d'un arbitre**Projet d'article 14**

70. Le Comité a adopté le projet d'article 14 quant au fond sans modification.

Réouverture des débats en cas de remplacement d'un arbitre

Projet d'article 15

71. Le Comité a adopté le projet d'article 15 quant au fond sans modification.

Exonération de responsabilité

Projet d'article 16

72. Le Comité a examiné le projet d'article 16, lequel posait le principe de l'exonération de responsabilité pour les participants à l'arbitrage et visait à préserver celle-ci dans les cas où la loi applicable permettait l'exonération contractuelle de responsabilité, dans toute la mesure autorisée par cette loi, sauf en cas de faute intentionnelle.

73. Le Comité a rappelé que la disposition avait pour objet de protéger les arbitres contre le risque de faire l'objet d'actions potentiellement nombreuses, émanant de parties qui seraient en désaccord avec les décisions ou sentences du tribunal arbitral et qui pourraient faire valoir que celles-ci étaient le fait d'une négligence ou d'une faute de la part d'un arbitre. Il a été également rappelé qu'une renonciation "dans toute la mesure autorisée par la loi applicable" ne s'étendait pas et ne devait pas s'étendre à la faute intentionnelle.

74. Il a été dit que l'existence de la responsabilité était régie par la loi applicable et non par l'accord passé entre les parties. Il a également été dit que le Règlement était une convention entre les parties. Il a donc été demandé si son projet d'article 16 devrait être modifié pour ne pas donner l'impression qu'il régissait l'existence de la responsabilité et pour se concentrer plutôt sur la répartition de ses conséquences entre les parties.

75. Il a en outre été dit que le projet d'article 16 pouvait donner lieu à interprétations différentes et, en particulier, que la réserve "Sauf en cas de faute intentionnelle" pouvait être interprétée différemment selon les pays. L'avis a été également exprimé que cette réserve pouvait donner l'impression que le Règlement prévoyait une responsabilité même en l'absence d'une telle responsabilité dans la loi applicable.

76. Le libellé suivant a été proposé pour résoudre ces difficultés: "Les parties renoncent, dans la mesure autorisée par la loi applicable, à toute action qu'elles pourraient intenter en vertu de ladite loi contre les arbitres, [...]". Cette proposition n'a pas été appuyée. Le Comité est convenu que, même si le régime de la responsabilité différait selon la loi applicable, le concept de "faute intentionnelle" serait compréhensible pour les juges des différents États.

77. Le Comité a noté que le Secrétaire général de la CPA figurait parmi ceux dont les parties renonceraient à engager la responsabilité dans la version révisée du Règlement. Or, celui-ci bénéficiait déjà, selon les commentaires de la Cour, d'une immunité contre les actions judiciaires dans divers accords et diverses conventions internationales. Le Comité est donc convenu de supprimer les mots "le Secrétaire général de la CPA" du projet d'article 16 car il n'était pas nécessaire de prévoir expressément une renonciation aux actions pour la Cour dans la version révisée du Règlement.

78. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté quant au fond le projet d'article 16 ainsi qu'il a été modifié au paragraphe 77 ci-dessus.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales

Projet d'article 17

Paragraphe 1

79. Il a été noté que le Groupe de travail était convenu de supprimer le mot "toute" apparaissant avant le mot "possibilité" dans le paragraphe 1 de l'article 15 de la version du Règlement de 1976 (qui correspond au paragraphe 1 du projet d'article 17), car il avait été estimé que la notion de "toute possibilité" pourrait être invoquée dans le but de retarder la procédure ou risquait de donner lieu à d'autres abus et que les mots "une possibilité" seraient peut-être plus appropriés.

80. Il a été proposé d'inclure l'adjectif "adéquate" ou "appropriée" après le mot "possibilité" dans le paragraphe 1. Il a été objecté que cette proposition pourrait être interprétée comme affaiblissant la capacité des parties à faire valoir leurs droits et proposer leurs moyens. Il a été également indiqué que le mot "possibilité" apparaissait dans diverses dispositions du Règlement et qu'en parlant de "possibilité adéquate" le paragraphe 1 du projet d'article 17 s'écarterait du libellé de ces autres dispositions.

81. L'inclusion du mot "adéquate" après le mot "possibilité" a été fermement appuyée au motif qu'elle correspondait à un critère communément utilisé et bien accepté.

82. À l'issue de la discussion, le Comité est convenu d'insérer le mot "adéquate" après "possibilité" dans la première phrase du paragraphe 1. Il a adopté quant au fond le paragraphe 1 ainsi modifié.

Paragraphe 2

83. Il a été noté que le paragraphe 2 conférait au tribunal arbitral le pouvoir de modifier "tout délai". Il a été proposé d'exclure de ce pouvoir la possibilité de proroger le délai pour rendre une sentence, compte tenu du fait que certaines législations nationales interdisaient une telle prorogation. Il a donc été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 les mots "à condition qu'il ne s'agisse pas du délai pour rendre la sentence". Cette proposition n'a pas été appuyée. Il a été expliqué que le paragraphe 3 du projet d'article premier du Règlement contenait une réserve générale selon laquelle le Règlement ne pouvait pas déroger aux dispositions impératives de la loi applicable à l'arbitrage et que cette disposition apportait une réponse appropriée au problème.

84. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 2 quant au fond sans modification.

Paragraphe 3

85. Le Comité a adopté le paragraphe 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

86. Il a été proposé de faire de la disposition du paragraphe 4, qui régissait l'ensemble des communications, un nouveau paragraphe dans le projet d'article 2. Il a également été proposé de supprimer des paragraphes 1 des projets d'articles 20, 21, 37 et 38 l'obligation de notification qui y figurait, étant donné que le paragraphe 4 du projet d'article 17 traitait déjà, a-t-on dit, la question. Ces propositions n'ont pas été appuyées.

87. Le Comité a examiné le paragraphe 4 compte tenu de sa décision de supprimer le paragraphe 9 du projet d'article 26 (voir par. 121 à 125 ci-dessous). Afin de laisser à une partie la possibilité de demander au tribunal arbitral de prononcer une ordonnance préliminaire, il a été proposé de modifier comme suit le paragraphe 4 du projet d'article 17:

“Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, sauf s'il est nécessaire de différer cette communication à l'autre partie pour que le tribunal arbitral puisse examiner, lorsqu'il y est autorisé, la requête de la partie tendant au prononcé d'une ordonnance préliminaire enjoignant à l'autre partie de ne pas compromettre une mesure provisoire demandée pendant que le tribunal examine cette demande.”

88. Il a été fait observer qu'il existait d'autres cas dans lesquels les communications d'une partie ne pouvaient pas être envoyées en même temps aux autres parties. On a cité, à titre d'exemple, le cas où les organismes d'arbitrage exigeaient que toutes les communications soient envoyées par leur intermédiaire. Afin d'exprimer de manière plus générale les exceptions possibles à l'obligation de communication simultanée, il a été proposé de supprimer les mots “en même temps” du paragraphe 4. Une deuxième proposition était de modifier comme suit le paragraphe 4:

“Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, sauf autorisation contraire du tribunal arbitral.”

89. Cette deuxième proposition a été appuyée. Il a été suggéré d'y ajouter, à la fin, les mots “ou de la loi applicable”. Cette suggestion a recueilli un certain soutien, car on considérait qu'elle offrait une protection et qu'elle limitait la possibilité de différer la communication.

90. On a toutefois estimé que l'ajout proposé pourrait entraîner dans le Règlement l'application de principes de droit interne, ce qui n'était peut-être pas souhaitable, en particulier lorsque les lois ne fixaient pas de limites à l'envoi différé des communications.

91. Afin qu'il ressorte sans ambiguïté que l'exception ne s'appliquait qu'à la question du moment de la communication, il a été suggéré de scinder la deuxième proposition exposée plus haut en deux phrases comme suit:

“Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse à toutes les autres parties. Sauf autorisation contraire du tribunal arbitral, toutes ces communications se font simultanément.”

92. Pour apaiser les craintes exprimées par quelques délégations au sujet de la deuxième proposition, il a été dit que celle-ci ne s'engageait pas dans la question de savoir si un tribunal arbitral était autorisé à prononcer des ordonnances sans entendre les parties. Une délégation a rappelé à cet égard que le paragraphe 1 du projet d'article 17 exigeait que le tribunal traite les parties sur un pied d'égalité et assure un règlement équitable et efficace de leur litige. Afin de montrer clairement que le Règlement restait neutre, s'agissant de la loi applicable, sur le point de savoir si le tribunal arbitral pouvait autoriser une communication différée, il a été suggéré de modifier la seconde phrase de la proposition de sorte que le paragraphe 4 serait libellé comme suit:

“Lorsqu'une partie adresse une communication au tribunal arbitral, elle l'adresse à toutes les autres parties. Elle l'adresse en même temps, à moins que le tribunal arbitral n'autorise le contraire si la loi applicable le lui permet.”

Le Comité a adopté cette suggestion.

93. Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 4 tel que libellé au paragraphe 92 ci-dessus.

Paragraphe 5

94. Le Comité a examiné le paragraphe 5, qui autorisait le tribunal arbitral à associer un tiers à l'arbitrage, dans certaines circonstances. Il a été observé que le paragraphe 5 prévoyait que, si la jonction était de nature à causer un préjudice à l'une des parties, le tribunal avait la possibilité de la refuser. Il a été dit qu'associer un tiers pouvait priver celui-ci de son droit de participer à la constitution du tribunal arbitral. À cet égard, il a été précisé que le tribunal arbitral, au moment de déterminer si la jonction était de nature à causer un préjudice à l'une des parties, devrait tenir compte des effets qu'une telle jonction pourrait avoir sur la validité ou le caractère exécutoire de la sentence.

95. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 5 quant au fond sans modification.

Lieu de l'arbitrage

Projet d'article 18

96. Il a été dit que, aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 18 du Règlement, “la sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage” et il a été précisé que, lorsque le Règlement était utilisé par des organisations intergouvernementales, dont l'Organisation des Nations Unies et ses organes subsidiaires, la référence au lieu de l'arbitrage ne devait pas être interprétée comme une renonciation de la part de ces organisations aux privilèges et immunités dont elles jouissaient. Il a été déclaré que l'Organisation des Nations Unies et ses organes subsidiaires n'étaient pas soumis aux lois locales, non plus qu'aux règles procédurales concernant la conduite de la procédure d'arbitrage.

97. Le Comité a confirmé la décision du Groupe de travail d'employer le terme “lieu de l'arbitrage” et a adopté le projet d'article 18 quant au fond sans modification.

Langue

Projet d'article 19

98. Le Comité a adopté le projet d'article 19 quant au fond sans modification.

Mémoire en demande

Projet d'article 20

Paragraphe 1

99. En ce qui concerne la rédaction du paragraphe 1, il a été proposé d'ajouter, dans la seconde phrase de la version anglaise de ce paragraphe, les mots "referred to" ("visée") avant les mots "in article 3". Le Comité a fait sienne cette proposition et a adopté quant au fond le paragraphe 1 ainsi modifié.

Paragraphes 2 et 3

100. Le Comité a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

101. Il a été proposé de compléter le paragraphe 4 en y précisant que, si les pièces ne pouvaient pas être jointes au mémoire en demande, ce dernier devrait en expliquer le motif et indiquer quand les pièces manquantes pourraient être communiquées. Cette proposition n'a pas été appuyée car on a estimé qu'elle entraînerait trop dans le détail.

102. Le Comité a adopté le paragraphe 4 quant au fond sans modification.

Mémoire en défense

Projet d'article 21

Paragraphe 1

103. En ce qui concerne la rédaction du paragraphe 1, le Comité est convenu d'ajouter, dans la seconde phrase de la version anglaise de ce paragraphe, les mots "referred to" ("visée") avant les mots "article 4". Il a adopté quant au fond le paragraphe 1 ainsi modifié.

Paragraphes 2 et 3

104. Le Comité a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

105. Il a été noté que le paragraphe 4 prévoyait l'application des paragraphes 2 et 4 du projet d'article 20 à une demande reconventionnelle et à une demande en compensation. Il a été proposé de se référer aussi au paragraphe 3 du projet d'article 20 pour tenir compte des situations dans lesquelles la demande reconventionnelle ou la demande en compensation se fondait sur un contrat ou un instrument juridique différent de celui soumis par le demandeur dans son mémoire en demande.

106. Il a également été proposé d'insérer les mots “, à un chef de demande formulé conformément à l'article 4, paragraphe 2 f)” après “demande reconventionnelle” pour les cas où le défendeur aurait formulé un chef de demande contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur.

107. Les deux propositions ont recueilli un large soutien. Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 4 ainsi qu'il a été modifié aux paragraphes 105 et 106 ci-dessus.

Modification des chefs de demande ou des moyens de défense

Projet d'article 22

108. Le Comité a adopté le projet d'article 22 quant au fond sans modification.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Projet d'article 23

Paragraphe 1

109. Il a été noté que, dans le texte anglais, les mots “shall have the power to rule” employés au paragraphe 1 de l'article 21 du Règlement d'arbitrage de 1976 avaient été remplacés par “may rule” dans le projet d'article 23 de la version révisée du Règlement. Cette modification risquait d'être interprétée comme affaiblissant le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence. Il a été expliqué que la modification avait été apportée afin d'aligner le texte du Règlement sur celui de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹⁰. Il a été admis que l'emploi des mots “may rule” convenait dans un texte législatif. Il a cependant été dit que le libellé anglais du Règlement de 1976 devait être conservé car il exprimait mieux le pouvoir conféré au tribunal arbitral dans un texte de nature contractuelle comme le Règlement. Il a été convenu de rétablir le libellé de la version de 1976 et de remplacer, dans la première phrase du paragraphe 1, les mots “may rule” par “shall have the power to rule”. Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 1 ainsi modifié.

Paragraphes 2 et 3

110. Le Comité a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond sans modification.

Autres pièces écrites

Projet d'article 24

111. Il a été précisé que le projet d'article 24, qui traitait des autres pièces écrites pouvant être requises des parties, se voulait une disposition de nature générale donnant également la possibilité au tribunal arbitral d'exiger que le demandeur réponde à une demande reconventionnelle ou à une demande en compensation.

112. Le Comité a adopté le projet d'article 24 quant au fond sans modification.

¹⁰ Voir le paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avec les amendements adoptés en 2006 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4).

Délais

Projet d'article 25

113. Il a été dit que la disposition de la seconde phrase du projet d'article 25, qui autorisait le tribunal arbitral à proroger les délais s'il jugeait cette prorogation justifiée, allait à l'encontre du but de la première phrase, qui était de fixer un délai maximal de quarante-cinq jours pour la communication des pièces écrites. Il a par conséquent été proposé de limiter également la durée de la prorogation qui pourrait être décidée par le tribunal arbitral. Cette proposition n'a pas été appuyée.

114. Le Comité a adopté le projet d'article 25 quant au fond sans modification.

Mesures provisoires

Projet d'article 26

Paragraphe 1

115. Le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

116. Du point de vue rédactionnel, il a été proposé de remplacer dans le chapeau du paragraphe 2 les mots "notamment, mais non exclusivement:" par les mots "par exemple, mais non exclusivement:".

117. S'agissant de l'alinéa c), qui autorisait le tribunal arbitral à ordonner à une partie de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourraient servir à l'exécution d'une sentence ultérieure, il a été dit que les biens et les avoirs de l'Organisation des Nations Unies étaient exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative, conformément à la section 3 de l'article II de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies¹¹. Il a en outre été dit que cette immunité était absolue et qu'aucune juridiction étatique ni aucun tribunal ne pouvait la remettre en cause. À cet égard, il a été précisé que l'alinéa c) n'avait pas pour objet de porter atteinte au régime de privilèges et d'immunités de l'Organisation des Nations Unies.

118. S'agissant des entités étatiques, il a été proposé d'ajouter à l'alinéa c) un texte libellé comme suit: "aucune disposition concernant le présent alinéa ne devrait être interprétée comme dérogeant au droit sur l'immunité d'exécution des États". Il a été proposé d'insérer une disposition générale prévoyant que rien dans le Règlement ne devrait être interprété comme une renonciation de la part des États aux immunités dont ils jouissaient. Après discussion, le Comité est convenu que cet ajout à l'alinéa c) n'était pas nécessaire, compte tenu de la nature générique du Règlement. Cet ajout a également été jugé inutile car aucune disposition du Règlement ne visait à porter atteinte au régime d'immunités et de privilèges des États et des entités étatiques.

119. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 2 tel que modifié au paragraphe 116 ci-dessus.

¹¹ Résolution 22 A (I) de l'Assemblée générale.

Paragraphes 3 à 8

120. Le Comité a adopté les paragraphes 3 à 8 quant au fond sans modification.

Paragraphe 9

121. Le Comité a rappelé que, dans le chapitre IV A de la Loi type sur l'arbitrage amendée en 2006¹², une ordonnance préliminaire pouvait être prononcée par un tribunal arbitral sur requête d'une partie, sans que cette requête soit préalablement notifiée aux autres parties, dans les cas où il considérait que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle était dirigée risquait de compromettre cette mesure. Il a également rappelé que le Groupe de travail avait procédé à un examen approfondi de la question qui avait débouché sur l'adoption du paragraphe 9. Il a été rappelé également que des vues divergentes avaient été exprimées au sein du Groupe de travail sur la question des ordonnances préliminaires.

122. Il a été expliqué que le Groupe de travail était convenu d'inclure le paragraphe 9 car celui-ci précisait que les tribunaux arbitraux ne pourraient pas prononcer d'ordonnance préliminaire dans les systèmes juridiques qui ne les y autorisaient pas et que le pouvoir de prononcer des telles ordonnances devait découler de règles de droit externes au Règlement. Il a également été expliqué que le texte du projet de paragraphe 9 avait été initialement rédigé en vue d'être inséré dans une note explicative accompagnant le Règlement.

123. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 9 au motif que son libellé n'était pas clair, n'énonçait pas de règle et était inutile.

124. En faveur du maintien du paragraphe 9, il a été indiqué que ce paragraphe témoignait de la pratique en vigueur et proposait une approche neutre de la question des ordonnances préliminaires. Il a également été mentionné que le paragraphe 4 du projet d'article 17, lequel exigeait d'une partie adressant au tribunal arbitral une communication qu'elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, renvoyait au paragraphe 9 du projet d'article 26 (voir par. 93 ci-dessus). La suppression du paragraphe 9, a-t-on dit, mettrait en péril un compromis soigneusement élaboré dont on estimait qu'il conciliait les vues divergentes exprimées au sein du Groupe de travail sur la question des ordonnances préliminaires.

125. À l'issue de la discussion, le Comité est convenu de supprimer le paragraphe 9.

Paragraphe 10

126. Le Comité a adopté le paragraphe 10 quant au fond sans modification.

Preuves**Projet d'article 27**

127. En réponse à la proposition tendant à insérer, dans le projet d'article 27, une disposition prévoyant la possibilité de procéder au contre-interrogatoire d'un

¹² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

témoin, il a été dit que ledit projet d'article ne prévoyait aucune restriction quant à la manière dont les témoins pouvaient être interrogés. Cette proposition n'a pas été appuyée.

128. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le projet d'article 27 quant au fond sans modification.

Audiences

Projet d'article 28

Paragraphes 1 à 3

129. Le Comité a adopté les paragraphes 1 à 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

130. Il a été proposé d'ajouter une disposition à la fin du paragraphe 4 pour préciser que l'interrogatoire de témoins ou d'experts par des moyens n'exigeant pas leur présence physique devait être justifié par des circonstances particulières. Il a été répondu qu'il ne serait peut-être pas approprié d'introduire une telle restriction compte tenu de l'évolution des technologies dans le domaine des communications.

131. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 4 quant au fond sans modification.

Experts nommés par le tribunal arbitral

Projet d'article 29

132. Le Comité a adopté le projet d'article 29 quant au fond sans modification.

Défaut

Projet d'article 30

133. En réponse à la question de savoir s'il y avait peut-être une incohérence entre l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 30 et le projet d'article 32, il a été expliqué que ces deux dispositions traitaient de sujets différents: la première avait trait au fond de l'affaire, alors que la seconde portait sur des questions de nature procédurale.

134. Le Comité a adopté le projet d'article 30 quant au fond sans modification.

Clôture des débats

Projet d'article 31

135. Il a été proposé d'insérer au paragraphe 1 les mots "y compris" avant les mots "des témoins", car ceux-ci étaient un mode de preuve. Cette proposition n'a pas été appuyée.

136. Le Comité a adopté le projet d'article 31 quant au fond sans modification.

Renonciation au droit de faire objection

Projet d'article 32

137. Le Comité a adopté le projet d'article 32 quant au fond sans modification.

Section IV. La sentence

Décisions

Projet d'article 33

138. Il a été suggéré de modifier le projet d'article 33 pour y prévoir qu'en l'absence de majorité, la sentence puisse être rendue par le seul arbitre-président. En réponse, le Comité a rappelé les discussions approfondies qui avaient amené le Groupe de travail à retenir le libellé actuel de la disposition. Le changement proposé continuant de diviser les opinions, il n'a pas été accepté.

139. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le projet d'article 33 quant au fond sans modification.

Forme et effet de la sentence

Projet d'article 34

Paragraphe 1

140. Le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

141. Le Comité a examiné le paragraphe 2 et noté qu'il s'agissait d'une des dispositions sur lesquelles le Groupe de travail n'avait pu parvenir à s'entendre durant sa troisième lecture du projet de version révisée du Règlement.

142. Le Comité a adopté les trois premières phrases du paragraphe 2 quant au fond. La discussion a porté sur la quatrième phrase qui avait trait à la renonciation aux recours.

143. Un certain soutien a été exprimé en faveur de l'énumération des recours qui étaient exclus du champ de la renonciation. On a cependant estimé que le libellé proposé risquait de créer une ambiguïté concernant la portée d'une telle renonciation, en particulier pour ce qui était de savoir s'il était également renoncé à la possibilité de s'opposer à l'exécution d'une sentence. Il a été proposé de remplacer la quatrième phrase du paragraphe 2 par un libellé analogue à celui du paragraphe 6 de l'article 28 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)¹³ ou de l'article 26.9 du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA)¹⁴, qui disposaient en substance que les parties renonçaient à leurs droits à condition qu'elles puissent le faire valablement, sans définir les recours faisant l'objet de la renonciation.

¹³ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.iccwbo.org/court/arbitration/id4093/index.html.

¹⁴ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/ARBPrintable_versions.aspx.

144. Il a également été dit qu'il ne serait pas possible d'énumérer précisément les exceptions à la renonciation comme le proposait le paragraphe 2, car une telle liste devrait englober toutes les formes de recours auxquelles il ne pourrait être renoncé dans tous les systèmes juridiques. Il a donc été proposé de modifier la quatrième phrase du paragraphe 2 comme suit: "À condition qu'elles puissent le faire valablement en adoptant le présent Règlement, elles renoncent à leur droit à toute forme d'appel ou de révision contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente."

145. On s'est inquiété de ce qu'une renonciation générale et illimitée ne soit sans effet et ne donne pas d'orientations suffisantes aux parties. Ces dernières pouvaient ne pas savoir que la plupart des systèmes juridiques interdisaient de renoncer à certaines formes de recours. Dans les rares systèmes où une renonciation était possible, diverses conditions devaient être satisfaites pour que la renonciation soit valable, en fonction de la loi applicable. Une autre proposition a été formulée pour modifier la quatrième phrase du paragraphe 2 comme suit: "Elles renoncent à leur droit d'exercer, devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, toute forme d'appel, de révision ou de recours contre une sentence, auquel il est possible de renoncer en vertu de la loi applicable et dont la renonciation n'exige pas la conclusion d'un accord particulier."

146. On s'est par ailleurs inquiété des conséquences qu'une telle renonciation générale pourrait avoir pour les privilèges et immunités d'entités souveraines ou d'organisations intergouvernementales qui utilisaient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été fait observer que la disposition sur la renonciation au droit de recours ne devait pas être considérée comme une renonciation, expresse ou tacite, à un quelconque privilège ou une quelconque immunité d'une entité souveraine ou d'une organisation intergouvernementale, y compris l'Organisation des Nations Unies et ses organes subsidiaires.

147. Compte tenu des difficultés rencontrées pour délimiter précisément la portée de la renonciation, et étant donné que la question devrait être régie par la loi applicable, il a été proposé de supprimer la quatrième phrase du paragraphe 2 et d'en incorporer le contenu dans une annexe au Règlement, à la suite du projet de clause compromissoire type pour les contrats. Cette proposition a été adoptée par le Comité, la clause de renonciation étant libellée comme suit: "Les parties renoncent par la présente à leur droit à toute forme de recours contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent valablement y renoncer en vertu de la loi applicable."

148. On a également proposé de faire figurer la clause de renonciation dans le projet de clause compromissoire type pour les contrats en tant qu'élément supplémentaire que les parties devraient envisager d'ajouter. À l'appui de cette proposition, il a été dit que l'inclusion d'une disposition relative à la renonciation dans la clause compromissoire type servirait à rappeler aux parties la possibilité de renoncer explicitement au droit de recours. On a cependant fait observer que les points énumérés dans la clause compromissoire type avaient trait à des aspects fondamentaux de la procédure, tels que le nombre d'arbitres, le lieu de l'arbitrage et la langue. On a souligné que la clause de renonciation était de nature différente, et qu'il serait utile de donner des orientations aux parties sur l'effet de cette clause et son interaction avec les lois applicables.

149. Il a donc été proposé de placer la clause de renonciation à la suite du projet de clause compromissoire type, de l'intituler "Déclaration possible concernant la renonciation" et de la faire précéder d'une note libellée comme suit: "Si les parties souhaitent exclure les voies de recours que la loi applicable leur offre contre la sentence arbitrale, elles peuvent envisager d'ajouter à cet effet une clause du type proposé ci-dessous, en tenant compte toutefois du fait que l'efficacité et les conditions d'une telle exclusion dépendent de la loi applicable." Cette proposition a été appuyée.

150. On a exprimé la crainte qu'en ne figurant pas dans la clause compromissoire type, la clause de renonciation aux recours ne perde en importance aux yeux des utilisateurs du Règlement. Il a été répondu que les deux clauses figureraient en annexe au Règlement et qu'elles étaient donc facultatives pour les parties.

151. À l'issue de la discussion, le Comité est convenu de supprimer la quatrième phrase du paragraphe 2 et de placer la "déclaration possible concernant la renonciation" après le projet de clause compromissoire type en annexe au Règlement, comme indiqué aux paragraphes 147 et 149 ci-dessus.

Paragraphes 3 à 6

152. S'agissant du paragraphe 5, qui régissait les conditions de publication d'une sentence, il a été dit que pour protéger convenablement ses privilèges et immunités, ainsi que ceux de ses organes subsidiaires, l'Organisation des Nations Unies prévoyait généralement que, si la loi l'exigeait, un tiers était autorisé à divulguer certaines informations la concernant, sous réserve de ses privilèges et immunités et sans qu'elle y renonce sous quelque forme que ce soit. C'est pourquoi les tiers étaient généralement tenus de notifier à l'Organisation, suffisamment à l'avance, toute demande de divulgation d'informations afin qu'elle puisse prendre des mesures de protection ou toute autre mesure nécessaire avant cette divulgation. Il a été précisé que le paragraphe 5 ne devrait pas être interprété comme limitant la capacité de l'Organisation d'imposer des restrictions à la divulgation d'informations allant à l'encontre de ses privilèges et immunités.

153. Le Comité a adopté les paragraphes 3 à 6 quant au fond sans modification.

Loi applicable, amiable compositeur

Projet d'article 35

Paragraphe 1

154. On a fait observer que la référence, dans la seconde phrase du paragraphe 1, à "la loi" que le tribunal arbitral jugeait appropriée en l'absence de choix exprès des parties pourrait être interprétée comme privant le tribunal du pouvoir d'appliquer des "règles de droit". Il a été dit qu'une telle approche différencierait des solutions adoptées dans les règlements d'autres institutions arbitrales internationales (comme le paragraphe 1 de l'article 17 du Règlement de la CCI, l'article 22.3 du Règlement de la LCIA ou le paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement suisse d'arbitrage international)¹⁵. Il a été proposé de modifier la seconde phrase du paragraphe 1 du

¹⁵ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse <https://www.sccam.org/sa/en/rules.php>.

projet d'article 35 comme suit: "À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi ou les règles de droit qu'il juge appropriées."

155. Il a été expliqué, en réponse, que le paragraphe 1 avait pour objet de donner aux parties et au tribunal arbitral une plus grande latitude pour déterminer la loi applicable. Il a été noté que, alors que dans la disposition correspondante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976¹⁶, les parties étaient censées choisir la "loi" applicable au fond du litige, dans le projet de version révisée elles seraient autorisées à choisir les "règles de droit", terme généralement interprété comme étant un corpus de règles n'émanant pas nécessairement d'un État. Il a également été noté que, s'agissant du choix de la loi applicable par le tribunal arbitral à défaut de désignation par les parties, le Règlement de 1976 faisait obligation au tribunal de choisir cette loi en recourant aux règles de conflit de lois qu'il jugeait applicables en l'espèce. Il a été expliqué que le projet de version révisée ne mentionnait pas les règles de conflit de lois, ce qui ménageait une plus grande souplesse. Il a également été dit que la décision du Groupe de travail de ne pas donner au tribunal arbitral le pouvoir de désigner des "règles de droit" lorsque les parties n'avaient pas désigné de loi applicable était le fruit d'une réflexion approfondie.

156. Il a par ailleurs été indiqué qu'en tout état de cause, les parties et le tribunal arbitral n'étaient pas entièrement libres de choisir la loi applicable. On a expliqué que la validité et le caractère exécutoire de la sentence étaient subordonnés à la loi applicable et à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958)¹⁷ (la Convention de New York). Par exemple, selon l'article V de cette dernière, une sentence était nulle ou inexécutable si l'une des parties à la convention d'arbitrage était frappée d'une incapacité en vertu de la loi à elle applicable, si la sentence portait sur une question non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage en vertu de la loi appliquée par la juridiction étatique, ou si elle était contraire à l'ordre public du for. Il a été souligné que les lois concernant la capacité juridique, l'arbitrabilité et l'ordre public devaient être prises en considération.

157. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphes 2 et 3

158. Le Comité a adopté les paragraphes 2 et 3 quant au fond sans modification.

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

Projet d'article 36

159. Le Comité a adopté le projet d'article 36 quant au fond sans modification.

Interprétation de la sentence

Projet d'article 37

160. Le Comité a adopté le projet d'article 37 quant au fond sans modification.

¹⁶ Voir paragraphe 1 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976.

¹⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

Rectification de la sentence**Projet d'article 38**

161. Le Comité a adopté le projet d'article 38 quant au fond sans modification.

Sentence additionnelle**Projet d'article 39**

162. Le Comité a adopté le projet d'article 39 quant au fond sans modification.

Définition des frais**Projet d'article 40**

163. Il a été noté que la définition des frais de l'alinéa f) du paragraphe 2 du projet d'article 40 mentionnait "les honoraires et frais de l'autorité de nomination", mais uniquement "les frais du Secrétaire général de la CPA". Il a été proposé d'ajouter dans ce paragraphe le mot "honoraires" dans la référence au Secrétaire général de la CPA. Cette proposition a été appuyée. Le Comité a adopté quant au fond le projet d'article 40 ainsi modifié.

Honoraires et dépenses des arbitres**Projet d'article 41**

164. Le Comité a ensuite abordé le projet d'article 41 et noté que les paragraphes 3 et 4 n'avaient pas été entièrement examinés par le Groupe de travail lors de la troisième lecture du projet de version révisée du Règlement.

Paragraphe 1

165. Le Comité a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

166. On a fait observer que les mots "a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la CPA et si cette autorité" figurant au paragraphe 2 pourraient être supprimés car ils étaient jugés redondants. Cette proposition a bénéficié d'un appui. On a proposé également, dans un souci de clarté, de remplacer l'article indéfini "une" avant "autorité de nomination" au début du paragraphe 2 par l'article défini "l'". On a exprimé la crainte que ces propositions ne tiennent pas compte du fait qu'une autorité de nomination ne serait pas nécessairement désignée dans chaque cas. Pour répondre à cette préoccupation, on a proposé de commencer le paragraphe par les mots "S'il existe une autorité de nomination et si cette autorité applique". Cette proposition a recueilli un large soutien. Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 2 ainsi modifié.

Paragraphe 3

167. Le Comité a adopté le paragraphe 3 quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

168. Par principe, il a été demandé si le mécanisme d'examen des frais prévu dans le projet d'article 41 devait figurer dans le Règlement, car il risquait d'être considéré comme une source de difficultés et d'être utilisé abusivement par les parties perdantes qui demanderaient un tel examen pour retarder l'exécution de la sentence. Il a aussi été dit que ce mécanisme s'appliquerait uniquement à une situation qui se présentait rarement dans la pratique. En réponse, il a été dit que le mécanisme prévu au paragraphe 4 favoriserait la confiance dans l'arbitrage, que le risque d'abus était contrecarré par le fait que l'examen était sans incidence sur les décisions contenues dans la sentence, que le paragraphe 4 constituait le meilleur compromis auquel le Groupe de travail était parvenu au terme de discussions approfondies et que ce mécanisme d'examen rendrait le Règlement attrayant aux yeux des utilisateurs.

169. Après discussion, le Comité a fait sien le principe consistant à prévoir un mécanisme d'examen des frais dans le Règlement, puis a examiné la rédaction du paragraphe 4 dans l'intention de la simplifier.

170. Il a été noté que les deuxième et troisième phrases du paragraphe 4 n'étaient pas cohérentes, car la deuxième traitait de l'hypothèse de l'inexistence d'une autorité de nomination, alors que la troisième, en faisant référence au paragraphe 4 du projet d'article 6, traitait du cas où l'autorité de nomination refusait d'agir ou n'agissait pas. Il a été proposé de supprimer ces mots, ainsi que la deuxième phrase du paragraphe 4 du projet d'article 6, et de modifier comme suit la deuxième phrase du paragraphe 4: "Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée ou si l'autorité de nomination refuse de prendre une décision ou ne prend pas de décision, au Secrétaire général de la CPA."

171. Il a également été proposé de supprimer les mots "conformément à l'article 38" à la fin du paragraphe 4 et d'ajouter, à la fin dudit paragraphe, une phrase du type: "Le paragraphe 3 de l'article 38 s'applique.", pour préciser que les modifications apportées aux honoraires et aux dépenses n'étaient pas dues à des erreurs ou omissions au sens du projet d'article 38, mais que la procédure du paragraphe 3 du projet d'article 38 s'appliquait.

172. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 4 libellé comme suit:

“4. a) Lorsqu'il informe les parties des honoraires et des dépenses des arbitres qui ont été fixés en application de l'article 40, paragraphe 2 a) et b), le tribunal arbitral explique également la manière dont les montants correspondants ont été calculés;

b) Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou si l'autorité de nomination n'agit pas dans le délai prévu par le présent Règlement, le Secrétaire général de la CPA procède à cet examen;

c) Si l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA estime que la note d'honoraires et de dépenses est non conforme à la proposition du tribunal arbitral (et à toute modification qui y a été apportée le cas échéant) visée au paragraphe 3 ou est manifestement excessive, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA y apporte, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande d'examen, les modifications nécessaires de sorte qu'elle satisfasse aux critères du paragraphe 1. Ces modifications s'imposent au tribunal arbitral;

d) Ces modifications sont soit incluses par le tribunal dans sa sentence soit, si la sentence a déjà été rendue, mises en œuvre par voie de rectification de la sentence, à laquelle s'applique la procédure prévue à l'article 38, paragraphe 3."

Consignation du montant des honoraires d'examen

173. On s'est inquiété du fait que le paragraphe 4 du projet d'article 41 ne prévoyait pas le paiement des frais exposés par l'autorité de nomination ou par le Secrétaire général de la CPA pour l'examen des honoraires et des dépenses des arbitres. À cet égard, il a été proposé d'ajouter un paragraphe supplémentaire, après le paragraphe 4, qui pourrait être libellé comme suit:

"Une partie qui, conformément au paragraphe 4, demande l'examen de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral dépose auprès de l'autorité d'examen, lorsqu'elle présente sa demande, une somme que cette autorité détermine pour financer le coût estimatif de l'examen. Tout excédent est déterminé par l'autorité d'examen une fois celui-ci terminé."

La proposition tendant à inclure une disposition de ce type a bénéficié d'un certain appui, au motif que le fait d'exiger une consignation découragerait les demandes d'examen abusives.

174. À l'issue de la discussion et compte tenu en particulier des ajouts qu'il a été décidé d'apporter au paragraphe 6 (voir par. 177 ci-dessous), le Comité est convenu qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition relative à la consignation du montant des frais des autorités d'examen.

Paragraphe 5

175. Le Comité a adopté le paragraphe 5 quant au fond sans modification.

Paragraphe 6

176. Il a été dit que le mécanisme d'examen des frais risquait de retarder la procédure d'arbitrage et d'aller au-delà du simple examen des honoraires et des dépenses des arbitres. Pour dissiper le risque d'un éventuel retard de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, il a été proposé d'ajouter une seconde phrase au paragraphe 6, qui pourrait être libellée comme suit: "Si une sentence contenant la note d'honoraires et de dépenses du tribunal est soumise pour examen conformément au paragraphe 4, toutes les parties de la sentence à l'exception de celles qui concernent la note d'honoraires et de dépenses sont, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, susceptibles de reconnaissance et d'exécution immédiates."

177. Cette proposition a été appuyée et, en vue d'en simplifier la formulation, le Comité est convenu d'ajouter, à la fin du paragraphe 6, la phrase suivante: "Elle ne retarde pas non plus la reconnaissance et l'exécution de toutes les parties de la sentence, à l'exception de celles qui concernent la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral." Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 6 ainsi modifié.

Répartition des frais

Projet d'article 42

178. Il a été demandé s'il fallait remplacer les mots "toute autre sentence", au paragraphe 2, par les mots "toute autre décision" pour aligner le libellé de ce paragraphe sur le paragraphe 1 du projet d'article 40. En réponse, il a été expliqué que le projet d'article 42 traitait de la détermination des montants qu'une partie pouvait avoir à payer à une autre partie en conséquence de la décision relative à la répartition des frais, et que cette décision se trouvait dans une sentence.

179. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté le projet d'article 42 quant au fond sans modification.

Consignation du montant des frais

Projet d'article 43

180. Le Comité a adopté le projet d'article 43 quant au fond sans modification.

Emplacement des projets de clause compromissoire type pour les contrats et de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement

181. Le Comité est convenu d'insérer les projets de clause compromissoire type pour les contrats et de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement en annexe à la version révisée du Règlement et d'y faire référence dans la table des matières de la version révisée ainsi que dans une note de bas de page accompagnant les articles correspondants.

Projet de clause compromissoire type pour les contrats

182. Le Comité a adopté quant au fond le projet de clause compromissoire type pour les contrats sans modification.

Projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement

183. Pour ce qui était de la rédaction, le Comité est convenu de supprimer, dans la version anglaise, la formule "hereby" ("par la présente") chaque fois qu'elle apparaissait dans les projets de déclarations d'indépendance types.

184. Il a été proposé de faire référence, dans les déclarations, aux avocats, témoins et experts, à l'égard desquels l'arbitre devait être indépendant. En réponse, il a été dit qu'il serait difficile de faire une telle déclaration pour ce qui était des témoins et des experts, car ils n'étaient pas tous connus de l'arbitre au moment où il faisait sa déclaration. Même si la proposition de mentionner les avocats des parties a bénéficié d'un certain appui, selon l'avis qui a prévalu, cette mention n'était

peut-être pas nécessaire car la déclaration était rédigée en termes généraux et couvrait toutes les circonstances de nature à soulever des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance des arbitres.

185. À l'issue de la discussion, le Comité a adopté quant au fond les projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement, en supprimant les différentes occurrences de la formule "hereby" ("par la présente") dans la version anglaise.

Note relative à une déclaration de disponibilité de l'arbitre

186. Il a aussi été fait remarquer que la déclaration de disponibilité, dont il était question dans la note, pouvait être soit demandée par les parties, soit produite par l'arbitre de sa propre initiative. Le Comité a adopté la note relative au projet de déclaration de disponibilité de l'arbitre en modifiant le chapeau comme suit: "Note – Toute partie peut envisager de demander à l'arbitre d'ajouter ce qui suit dans la déclaration d'indépendance:".

C. Adoption de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

187. À sa 910^e séance, le 25 juin 2010, la Commission a adopté le rapport du Comité plénier, dont elle a décidé qu'il ferait partie intégrante du présent rapport (voir par. 16 à 186 ci-dessus). Après avoir examiné le texte du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage (reproduit à l'annexe I du présent rapport), elle a adopté la décision suivante:

“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, portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant la résolution 31/98 de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1976, dans laquelle cette dernière recommandait l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁸,

Reconnaissant l'utilité que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges qui peuvent naître dans le cadre des relations commerciales internationales,

Notant que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est considéré comme un texte très réussi et qu'il est appliqué dans des situations très diverses recouvrant une grande variété de litiges, par exemple les litiges entre parties privées commerciales, les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre

¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.*

États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage, dans toutes les régions du monde,

Reconnaissant la nécessité de réviser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour suivre les pratiques actuelles du commerce international et tenir compte des changements survenus au cours des 30 dernières années dans la pratique de l'arbitrage,

Estimant que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010 pour tenir compte des pratiques actuelles, renforcera considérablement l'efficacité des arbitrages qu'il régira,

Convaincue qu'une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui soit acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents peut contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Notant que les délibérations voulues ont été tenues et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements et les milieux intéressés pour élaborer la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dont on peut s'attendre qu'elle contribuera dans une large mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des litiges du commerce international,

Remerciant le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) d'avoir élaboré la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,

1. *Adopte* la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, telle qu'elle figure à l'annexe I du présent rapport;

2. *Recommande* l'application de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soit portée à la connaissance et mise à la disposition du plus grand nombre."

D. Éventuelles recommandations aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés

188. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur les recommandations qui pourraient être formulées à l'intention des institutions d'arbitrage et d'autres organismes intéressés concernant la version révisée du Règlement (A/CN.9/705). Elle a rappelé qu'à sa quinzième session, en 1982, elle avait adopté les "Recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI"¹⁹. Elle avait élaboré ces recommandations pour faciliter l'utilisation du Règlement de 1976 dans les arbitrages institutionnels et traiter les cas où le Règlement avait été adopté en tant que règlement institutionnel d'un organisme d'arbitrage, ou encore les cas où l'organisme d'arbitrage faisait fonction d'autorité de nomination ou

¹⁹ Ibid., trente-septième session, Supplément n° 17 (A/37/17), par. 74 à 85 et annexe I.

offrait des services administratifs dans le cadre d'arbitrages ad hoc relevant du Règlement.

189. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que des recommandations analogues devraient être publiées à l'intention des institutions d'arbitrage et d'autres organismes intéressés en ce qui concerne la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, compte tenu du rôle étendu accordé aux autorités de nomination. Il a été dit que les recommandations permettraient de promouvoir l'utilisation du Règlement, et que les institutions d'arbitrage dans toutes les régions du monde seraient davantage disposées à accepter de servir d'autorité de nomination si elles pouvaient s'appuyer sur de telles lignes directrices. La Commission est convenue également que les recommandations relatives au Règlement d'arbitrage révisé devraient suivre le modèle des Recommandations adoptées en 1982. Elle a chargé le Secrétariat d'établir le document correspondant pour qu'elle l'examine à une session future.

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

190. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session, que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI²⁰. Elle a chargé son Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) d'élaborer un standard juridique à ce sujet. Elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa quarante et unième session, le Secrétariat avait transmis un questionnaire aux États sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail.

191. On a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011.

²⁰ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314.

IV. Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

A. Introduction

192. La Commission était saisie des documents suivants: a) projet de supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (A/CN.9/700 et Add.1 à 7); b) rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses seizième (Vienne, 2-6 novembre 2009) et dix-septième (New York, 8-12 février 2010) sessions (A/CN.9/685 et A/CN.9/689, respectivement); c) chapitre V du rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010) (A/CN.9/691), traitant de l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence; et d) note du Secrétariat transmettant les commentaires reçus d'organisations internationales concernant le projet de supplément (A/CN.9/701).

193. La Commission a tout d'abord remercié le Groupe de travail VI (Sûretés) pour ses travaux d'élaboration du projet de supplément, le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour sa contribution à l'élaboration du chapitre sur l'insolvabilité dudit projet et le Secrétariat pour avoir coordonné ces travaux et établi les documents en vue de la session. Elle a également exprimé ses remerciements à toutes les organisations qui avaient aidé le Groupe de travail VI dans sa tâche, en particulier à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et au Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

194. La Commission a aussi pris note avec satisfaction de la publication du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*²¹ ainsi que de la publication, à part, de la terminologie et des recommandations du *Guide*²². Elle avait adopté ces deux textes à la deuxième partie de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007)²³.

B. Examen du projet de supplément

195. Pour ce qui est du titre du supplément, la Commission est convenue qu'il serait libellé comme suit: "Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles". Elle est aussi convenue qu'il ne serait pas nécessaire de reproduire,

²¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12. Également disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html.

²² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.13. Également disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf.

²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 100.

dans la version finale du supplément, les notes qui avaient été insérées à son intention au début de chaque chapitre pour lui fournir des informations sur les délibérations tenues par le Groupe de travail VI. Elle a chargé le Secrétariat d'apporter les modifications rédactionnelles nécessaires pour assurer la cohérence entre les différents chapitres du projet de supplément et entre le projet de supplément et le *Guide*.

1. Préface et introduction (A/CN.9/700)

196. En ce qui concerne la préface, il a été convenu de ce qui suit:

a) La première phrase du troisième paragraphe serait modifiée comme suit: "... le Secrétariat a organisé, avec la coopération de l'OMPI, un colloque ...";

b) Dans la troisième phrase du cinquième paragraphe, les mots "qui ont participé à ses réunions en qualité d'observateur" seraient ajoutés après "d'autres organisations du secteur public et du secteur privé s'occupant de propriété intellectuelle".

197. En ce qui concerne l'introduction, il a été convenu de ce qui suit:

a) Les mots "en tant que bien(s) affecté(s) en garantie d'un crédit" seraient ajoutés à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 1 et dans la première phrase du paragraphe 7;

b) La dernière phrase du paragraphe 32 serait modifiée comme suit: "l'expression 'transfert autre qu'un transfert pur et simple' peut désigner le fait pour un donneur de licence d'octroyer des droits à un preneur de licence tout en conservant un certain contrôle sur l'utilisation de la propriété intellectuelle";

c) Les mots "avec le consentement du donneur, si l'accord de licence prévoit que les droits de la société D ne sont pas transférables" seraient ajoutés à la fin de la quatrième phrase du paragraphe 41;

d) Les mots "pour déterminer si la société D est autorisée à octroyer une sûreté réelle mobilière" seraient ajoutés à la fin de la dernière phrase du paragraphe 41;

e) Le sous-titre "Sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels sont utilisées des propriétés intellectuelles" serait inséré avant le paragraphe 43 pour couvrir les exemples 6 et 7;

f) Les deuxième et troisième phrases du paragraphe 43 seraient modifiées comme suit: "Ce type d'opérations, qu'illustrent les exemples 6 et 7 ci-après, concerne des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels. Comme expliqué dans le projet de supplément, sauf accord contraire entre les parties, une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel ne s'étend pas automatiquement à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien";

g) La troisième phrase du paragraphe 44 serait modifiée comme suit: "La société F fournit à la banque F ses accords de licence de marque attestant son droit d'utiliser les marques et d'octroyer une sûreté réelle mobilière sur les stocks de marque, ainsi que ses obligations auprès du propriétaire de la marque";

h) Les mots "et qu'elle a le droit d'octroyer une sûreté réelle mobilière sur ces jeans" seraient insérés à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 45; et

i) À la fin de la deuxième phrase du paragraphe 48, la référence aux “donneurs ou aux preneurs de licence” ayant des prérogatives exclusives devrait être supprimée, car seuls les propriétaires jouissent de telles prérogatives.

198. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté la préface et l'introduction quant au fond.

2. Chapitre premier. Champ d'application et autonomie des parties (A/CN.9/700/Add.1)

199. La Commission est convenue de ce qui suit:

a) Dans la version anglaise du paragraphe 11, à l'alinéa g) de la partie relative aux brevets, le mot “patent” (brevet) serait remplacé par le mot “invention”, étant donné qu'un inventeur invente une invention et non un brevet;

b) Au paragraphe 11, toujours dans la partie relative aux brevets, un alinéa h) libellé comme suit serait ajouté: “Transférabilité des brevets et droit d'octroyer une licence”;

c) À la fin du paragraphe 17, une phrase, libellée comme suit, serait ajoutée: “Un État qui applique les recommandations du Guide voudra peut-être examiner cette question.”

200. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté le chapitre premier quant au fond.

3. Chapitre II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.2 et recommandation 243)

201. Il a été convenu de modifier le paragraphe 32 pour y faire référence aux voitures ou aux appareils qui renfermaient une copie d'un logiciel protégé par le droit d'auteur ou auxquels se rattachaient des droits de dessin ou modèle. Il a également été convenu de remplacer le mot “produit”, à la fin de ce paragraphe, par “composant”. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté le chapitre II quant au fond. Elle a également adopté la recommandation 243 sans modification.

4. Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.3, par. 1 à 9)

202. Il a été convenu que la quatrième phrase du paragraphe 9 serait modifiée comme suit: “... une sûreté sur une propriété intellectuelle est traitée comme tout autre type de transfert (pur et simple ou conditionnel)...”. Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté le chapitre III quant au fond.

5. Chapitre IV. Le système de registre (A/CN.9/700/Add.3, par. 10 à 52 et recommandation 244)

203. Il a été convenu de ce qui suit:

a) Dans la troisième phrase du paragraphe 13, les références à l'“Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (1891)” et au “Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid (1989)” seraient supprimées;

b) Après le mot “comme” dans la deuxième phrase du paragraphe 14, le texte suivant serait inséré: “l’Arrangement de Madrid concernant l’enregistrement international des marques (1891) et le Protocole y relatif (1989), qui prévoient la possibilité d’inscrire une restriction du droit du titulaire de disposer de l’enregistrement international (voir formulaire MM19 à l’adresse <http://www.wipo.int/madrid/fr/forms/>) et”;

c) Le paragraphe 29 serait modifié pour éviter de souligner inutilement qu’un registre général des sûretés fournissait moins d’informations et pour préciser ses avantages et ses inconvénients.

204. Sous réserve de ces modifications, la Commission a adopté le chapitre IV quant au fond. Elle a également adopté la recommandation 244 sans modification.

6. Chapitre V. Priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.4 et recommandation 245)

205. La Commission est convenue de supprimer le passage entre parenthèses qui figurait à la fin du paragraphe 35. Sous réserve de cette modification, elle a adopté le chapitre V quant au fond. Elle a également adopté la recommandation 245 sans modification.

7. Chapitre VI. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté portant sur une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.5, par. 1 à 5 et recommandation 246)

206. La Commission a adopté le chapitre VI quant au fond sans modification. Elle a également adopté la recommandation 246 sans modification.

8. Chapitre VII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles (A/CN.9/700/Add.5, par. 6 et 7)

207. La Commission a adopté le chapitre VII quant au fond sans modification.

9. Chapitre VIII. Réalisation d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.5, par. 8 à 32)

208. La Commission a adopté le chapitre VIII quant au fond sans modification.

10. Chapitre IX. Financement d’acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.5, par. 33 à 62 et recommandation 247)

209. La Commission a examiné la possibilité de remplacer les paragraphes 43 à 47 par un texte précisant qu’un donneur de licence ou son créancier garanti pourrait bénéficier d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l’acquisition car il pourrait inscrire la licence ou la sûreté sur le registre de la propriété intellectuelle approprié avant un créancier garanti du preneur de licence. Il a été déclaré qu’un tel résultat ne serait obtenu que si le régime applicable en matière d’inscription sur des registres spécialisés n’autorisait pas l’inscription des sûretés sur des propriétés intellectuelles futures. Il a aussi été fait observer que, si l’inscription anticipée était permise, la partie octroyant un financement général à un preneur de licence pourrait avoir priorité sur un créancier garanti finançant l’acquisition du donneur de licence.

À l'issue de la discussion, il a été convenu que le texte proposé contenait un élément important qu'il serait utile d'ajouter aux paragraphes 43 à 47 mais qu'il ne devrait pas se substituer auxdits paragraphes. Le Secrétariat a été autorisé à apporter les modifications rédactionnelles nécessaires. Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté le chapitre IX quant au fond. Elle a également adopté la recommandation 247 sans modification.

11. Chapitre X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (A/CN.9/700/Add.6, par. 1 à 54 et recommandation 248)

210. Outre les variantes A à D, la Commission a examiné les variantes de la recommandation 248 ci-après:

“Variante E

248. La loi devrait prévoir que, nonobstant les recommandations 208 et 218, dans le cas d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle:

a) La loi applicable aux aspects réels concernant la question de savoir si une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur la propriété intellectuelle[, comme la question de savoir si cette propriété intellectuelle existe, si le constituant a un droit sur elle et si ce droit est transférable et à qui,] est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée;

b) Sous réserve de l'alinéa a), la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé;

c) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel cette propriété intellectuelle est protégée; toutefois, si les droits sur cette propriété intellectuelle ne peuvent pas être inscrits dans un registre de la propriété intellectuelle de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté à l'encontre d'un autre créancier garanti ou du représentant de l'insolvabilité du constituant est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé; et

d) La loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, à condition que, pour ce qui est de la vente ou d'un autre acte de disposition de la propriété intellectuelle, la loi applicable aux aspects réels touchant aux droits sur la propriété intellectuelle nés de la vente ou de cet autre acte de disposition soit la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante F

248. La loi devrait prévoir que, nonobstant les recommandations 208 et 218, dans le cas d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle:

a) La loi applicable aux aspects réels concernant la question de savoir si une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur la propriété intellectuelle et aux aspects réels touchant aux droits sur la propriété intellectuelle nés de la réalisation de la sûreté est la loi de l'État dans lequel cette propriété

intellectuelle est protégée; [ces aspects réels sont notamment ceux qui déterminent si la propriété intellectuelle existe, si le constituant a un droit sur elle, si cette propriété intellectuelle est transférable et quelles sont les conditions pour conférer un droit réel au bénéficiaire du transfert après l'acte de disposition;]

b) Sous réserve de l'alinéa a), la loi applicable à la constitution et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé; et

c) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel cette propriété intellectuelle est protégée; toutefois, si les droits sur cette propriété intellectuelle ne peuvent pas être inscrits dans un registre de la propriété intellectuelle de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté à l'encontre d'un autre créancier garanti ou du représentant de l'insolvabilité du constituant est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.

Variante G

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. Elle devrait en outre prévoir qu'une sûreté sur une propriété intellectuelle peut aussi être constituée en vertu de la loi de l'État dans lequel le constituant est situé et être rendue opposable en vertu de cette loi à l'égard de tiers, à l'exception d'un autre créancier garanti, d'un bénéficiaire du transfert ou d'un preneur de licence."

211. Concernant les variantes E et F, pour l'essentiel identiques, il a été dit qu'elles étaient guidées par deux principes, dont l'un consistait à servir les intérêts des créanciers garantis et des titulaires de droits de propriété intellectuelle et l'autre à donner dûment préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. On a également fait observer que ces variantes, qui avaient été élaborées essentiellement sur la base des discussions menées lors d'une réunion organisée, en juin, par l'European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), visaient à renvoyer: a) les questions liées à la propriété et à la transférabilité des propriétés intellectuelles à la loi de l'État dans lequel ces propriétés intellectuelles étaient protégées (*lex protectionis*); b) la constitution et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé; et c) l'opposabilité et la priorité d'une telle sûreté, avec deux exceptions étroitement définies, à la *lex protectionis*.

212. On s'est inquiété de ce que l'alinéa d) de la variante E pourrait se révéler inapplicable dans la mesure où il semblait scinder les questions touchant la réalisation en deux catégories distinctes et les renvoyer à deux lois différentes. En réponse, il a été dit que toutes les questions touchant la réalisation étaient renvoyées à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé. On a en outre fait observer que, lorsqu'une vente en réalisation était conclue, les questions relatives au transfert (et éventuellement l'inscription de la propriété intellectuelle) seraient normalement soumises à la *lex protectionis*.

213. Il a été dit que la variante G visait à refléter une approche fondée essentiellement sur la *lex protectionis*, dans le sens où elle renvoyait la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés sur des propriétés intellectuelles à cette *lex protectionis*. On a toutefois fait observer que la variante G permettait au créancier garanti de constituer et de rendre opposable une sûreté sur une propriété intellectuelle conformément à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé. On a expliqué qu'en conséquence cette variante prévoyait l'application de la loi de l'État dans lequel le constituant était situé à l'opposabilité d'une sûreté en cas d'insolvabilité de ce dernier. En réponse à une question, on a expliqué que, si une sûreté était opposable à un représentant de l'insolvabilité, son opposabilité devait être respectée et que, par conséquent, aucune question de priorité ne se posait.

214. On a également fait observer que la variante G était courte et simple et qu'elle favorisait donc la sécurité et prévisibilité concernant la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles. On a également dit qu'un autre avantage de cette variante était qu'elle n'établissait pas de distinction entre les types de propriété intellectuelle qui pouvaient être inscrits sur un registre de la propriété intellectuelle et ceux qui ne pouvaient pas l'être. En réponse à une question, on a fait observer que, dans le cas de sûretés multiples grevant plusieurs biens de propriété intellectuelle protégés par les lois de plusieurs États, selon la variante G, une seule loi régirait la priorité, à savoir la loi de l'État dans lequel était protégé le bien de propriété intellectuelle concerné grevé des sûretés concurrentes.

215. Si, a-t-on expliqué, la réalisation dans plusieurs États était une situation courante s'agissant des sûretés grevant des propriétés intellectuelles, on s'est vivement inquiété de ce que le renvoi des questions de réalisation, dans le cas particulier d'une sûreté grevant un portefeuille de biens de propriété intellectuelle protégés par la loi de plusieurs États, aux lois de ces États rendrait plus complexes et plus onéreuses les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles et serait par conséquent contraire à l'objectif général du *Guide*, qui était de faciliter l'accès au crédit garanti à des taux plus abordables. Il a donc été proposé de renvoyer les questions touchant la réalisation à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé. La proposition a été largement appuyée.

216. Après une discussion préliminaire, compte tenu du fait que les variantes E à G avaient recueilli un certain soutien et couvraient tous les éléments dont il était question dans les variantes B à D, la Commission a décidé qu'elle pouvait laisser de côté ces dernières pour se concentrer sur les variantes A et E à G.

217. Il a été déclaré, à l'appui de la variante A, que celle-ci était conforme à plusieurs conventions sur la propriété intellectuelle. Des doutes ont été émis, à cet égard, quant à la question de savoir si ces conventions traitaient de la loi applicable aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles. On a par ailleurs fait observer que la variante A était conforme au droit de nombreux États. Il a été souligné à ce propos que la variante G adoptait également une approche fondée sur la *lex protectionis* et qu'elle présentait l'avantage supplémentaire de permettre au créancier garanti de prendre une sûreté réelle mobilière qui pourrait être constituée et rendue opposable au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers judiciaires du constituant conformément à la loi de l'État où était situé ce dernier.

218. La variante G a bénéficié d'un large soutien, à condition qu'elle soit modifiée pour renvoyer les questions de réalisation à la loi du lieu de situation du constituant. La variante G a donc été révisée comme suit:

“La loi devrait prévoir que:

a) La loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée;

b) Une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle peut aussi être constituée en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé le constituant et être également rendue opposable en vertu de cette loi à l'égard de tiers qui ne soient pas un autre créancier garanti, un bénéficiaire du transfert ou un preneur de licence; et

c) La loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant.”

219. La version révisée de la variante G a bénéficié de l'appui général étant entendu qu'elle a) se fondait pour l'essentiel sur la *lex protectionis*; b) permettait au créancier garanti de prendre une sûreté qui pourrait être constituée et rendue opposable au représentant de l'insolvabilité et aux créanciers judiciaires du constituant conformément à la loi de l'État où était situé ce dernier; et c) renvoyait les questions de réalisation à la loi du lieu de situation du constituant.

220. Une des délégations favorables à la variante A a déclaré que, bien que préférant cette dernière et eu égard à l'immense soutien dont bénéficiait la variante G révisée, elle ne souhaitait pas faire obstacle au consensus, si bien qu'elle était prête à accepter cette variante révisée. Elle a ajouté cependant que le commentaire devrait préciser que la recommandation proposée serait sans incidence sur les questions de propriété et de transférabilité des propriétés intellectuelles. Elle a en outre déclaré que, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoyait une règle spécifique à la propriété intellectuelle qui désignait une loi applicable différente, cette règle l'emporterait conformément à la recommandation 4, alinéa b). Il a été généralement convenu que le commentaire devrait clarifier ces questions.

221. À l'issue de la discussion, la Commission a adopté la version révisée de la variante G en tant que recommandation 248.

222. La Commission a ensuite examiné le commentaire du chapitre X. Il a été convenu que: a) l'analyse des approches possibles devrait être modifiée pour tenir compte de sa décision d'adopter la version révisée de la variante G et des motifs de cette décision; b) le commentaire devrait, en se fondant sur le texte correspondant des variantes E et F, insister sur le fait que le *Guide* était sans incidence sur la loi applicable aux questions de propriété et de transférabilité; et c) comme toutes les autres recommandations du *Guide* et du projet de supplément, la recommandation 248 était soumise à la recommandation 4, alinéa b). Il a également été convenu qu'aucune règle “d'adaptation”, en vertu de laquelle le for assimilerait une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu de situation du constituant à son équivalent le plus proche soumis à la *lex protectionis*, n'était

nécessaire, car le texte de la recommandation 248 adoptée reconnaissait la *lex protectionis* de manière appropriée.

223. La Commission a adopté le chapitre X quant au fond, sous réserve des modifications dont elle était convenue, mentionnées aux paragraphes 220 et 222 ci-dessus.

12. Chapitre XI. Transition (A/CN.9/700/Add.6, par. 55 à 59)

224. La Commission a adopté le chapitre XI quant au fond sans modification.

13. Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/700/Add.6, par. 60 à 82, et A/CN.9/691, par. 94 à 98)

225. La Commission a noté qu'à sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) avait examiné le texte que lui avait présenté le Groupe de travail VI (Sûretés), à sa seizième session, concernant les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme dans les accords de licence de propriété intellectuelle (A/CN.9/685, par. 95; texte repris dans le document A/CN.9/700/Add.6, par. 64 à 66) et l'avait approuvé sous réserve d'ajouter le libellé suivant après le paragraphe 64 (A/CN.9/691, par. 94 à 98):

“Le commentaire du *Guide sur l'insolvabilité* explique les avantages et les inconvénients attribués à de telles clauses, les types de contrat qu'il conviendrait d'exclure et les tensions inévitables entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et l'introduction de dispositions qui annulent les clauses contractuelles. L'application possible de ces dispositions à la propriété intellectuelle est traitée au paragraphe 115 du chapitre II, dans la deuxième partie du *Guide sur l'insolvabilité*.”

226. Sous réserve de cette modification, la Commission a adopté le chapitre XII quant au fond.

C. Adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

227. À sa 914^e séance, le 29 juin 2010, la Commission a adopté la décision suivante:

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

Reconnaissant l'importance que revêtent des régimes d'opérations garanties efficaces pour favoriser l'accès au crédit garanti,

Reconnaissant également la nécessité d'augmenter l'offre de crédit garanti meilleur marché pour les propriétaires de propriétés intellectuelles et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle et donc d'accroître la valeur de ces droits comme garantie d'un crédit,

Notant que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* s'applique d'une manière générale aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles tout en s'abstenant de porter involontairement atteinte aux règles et objectifs fondamentaux du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle,

Tenant compte de la nécessité d'examiner la relation entre le droit des opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, aux niveaux tant national qu'international,

Reconnaissant que les États auraient besoin d'orientations sur la manière dont les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* s'appliqueraient dans le contexte de la propriété intellectuelle et sur les modifications qu'il leur serait nécessaire d'apporter à leur droit pour éviter toute incompatibilité entre le droit des opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle,

Notant également qu'il importe de concilier les intérêts de toutes les parties concernées, notamment les constituants, qu'ils soient propriétaires, donneurs de licence ou preneurs de licence de propriété intellectuelle, et les créanciers garantis,

Notant avec satisfaction que le Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles prévoit, en ce qui concerne l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté grevant ses droits découlant d'un accord de licence, le même traitement que le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*²⁴,

Remerciant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans les domaines du droit des opérations garanties et du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Conférence de La Haye de droit international privé, pour avoir participé et aidé à l'élaboration du Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles,

Remerciant les participants au Groupe de travail VI (Sûretés), ainsi que le Secrétariat, pour leur contribution à l'élaboration du Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles,

1. *Adopte* le Supplément sous le titre "Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles", qui se compose du texte figurant dans les documents A/CN.9/700 et Add.1 à 7 tel que modifié à sa quarante-troisième session, et autorise le Secrétariat à l'éditer et à le finaliser en tenant compte de ses délibérations à cette session;

²⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion du texte du Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, en le transmettant aux gouvernements et aux organismes s'intéressant à la fois au financement garanti et à la propriété intellectuelle;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles pour évaluer l'efficacité économique de leur régime d'opérations garanties ainsi que de leur régime de la propriété intellectuelle, et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur les opérations garanties et sur la propriété intellectuelle ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le *Guide* et le Supplément à l'en informer."

V. Finalisation et adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Examen du projet de troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

228. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle avait confié au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) le soin d'examiner la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité²⁵. Le terme "groupes de sociétés" avait ensuite été remplacé par le terme "groupes d'entreprises" (voir A/CN.9/622, par. 77 à 84, et A/CN.9/643). Elle a également rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait noté que les travaux sur le traitement international des groupes d'entreprises présentaient un lien étroit tant avec la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*²⁶ qu'avec le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*²⁷ et avait insisté sur la nécessité d'assurer la cohérence entre ces travaux et les deux textes précités. Elle a en outre rappelé qu'à cette session, elle avait noté que le texte issu des travaux sur les groupes d'entreprises devrait constituer la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* et en suivre la même structure, à savoir qu'il serait présenté sous la forme d'un commentaire et de recommandations²⁸.

229. La Commission a noté que le Groupe de travail était convenu, à sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009), que le projet de troisième partie (figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1) serait

²⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209.

²⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

²⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.

²⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 303 et 304.

communiqué aux gouvernements suffisamment longtemps à l'avance pour leur permettre de formuler des commentaires et pour compiler ceux-ci en vue de sa quarante-troisième session (A/CN.9/686, par. 125).

230. La Commission était saisie de la version révisée du projet de troisième partie (A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1), que le Groupe de travail avait approuvée à sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010), des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur ce projet (A/CN.9/699 et Add.1 à 4), des rapports du Groupe de travail sur ses trente-septième et trente-huitième sessions (A/CN.9/686 et A/CN.9/691, respectivement) et d'une note du Secrétariat sur les modifications que le Groupe de travail était convenu d'apporter au projet de troisième partie à sa trente-huitième session (A/CN.9/708).

231. La Commission a examiné la question du traitement national et international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, telle que celle-ci était présentée dans les documents mentionnés au paragraphe 230 ci-dessus, et a adopté le commentaire et les recommandations ainsi modifiés:

a) En ce qui concerne les projets de recommandations 242 et 248, elle est convenue d'ajouter les mots "en vue de faciliter la coordination de ces procédures" à la fin des deux projets de recommandations;

b) En ce qui concerne l'alinéa c) du projet de recommandation 244, elle est convenue de supprimer les mots "ou prétentions" figurant après "droits fondamentaux" afin d'aligner le texte sur celui de l'alinéa f) du projet de recommandation 243.

232. S'agissant du paragraphe 28 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 sur l'enregistrement des communications entre les tribunaux comme pièce à verser au dossier, il a été proposé de remplacer le verbe "peut" dans la deuxième phrase par "devrait", car le versement de la transcription au dossier de la procédure était considéré comme une conséquence obligatoire de l'enregistrement et de la transcription des communications. En réponse, il a été largement estimé que la formulation devrait rester aussi générale que possible pour ménager une certaine souplesse. La Commission est convenue de conserver le paragraphe tel qu'il était libellé.

B. Décision portant adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

233. À sa 918^e séance, le 1^{er} juillet 2010, la Commission a adopté la décision suivante:

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

Reconnaissant que des régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen d'encourager le développement économique et l'investissement, ainsi que de favoriser l'activité des entreprises et préserver l'emploi,

Notant qu'en raison du recours de plus en plus fréquent aux groupes d'entreprises par les sociétés pour mener leurs activités au niveau national

comme international, la création de tels groupes caractérise une économie mondiale de plus en plus globalisée et, par conséquent, joue un rôle important dans le commerce international,

Reconnaissant qu'en cas de faillite d'un groupe d'entreprises, il importe non seulement de savoir comment ce groupe sera traité dans une procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte que ce traitement facilite, et non empêche, la conduite rapide et efficace de cette procédure,

Consciente que très peu d'États considèrent les groupes d'entreprises comme des entités juridiques, quoique de manière limitée et à des fins particulières, et que très peu d'États, si tant est qu'il y en ait, disposent d'un régime complet pour le traitement de ces groupes en cas d'insolvabilité,

Notant que, même s'il constitue une base solide pour l'unification du droit de l'insolvabilité et procure les éléments clefs d'un cadre pour un droit commercial moderne, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ne traite pas l'insolvabilité des groupes d'entreprises,

Rappelant que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a reçu pour mandat de compléter le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* par des dispositions sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

Se félicitant du soutien et de la participation que des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à l'élaboration d'un complément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

Remerciant le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour élaborer la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

1. *Adopte* la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui comprend le texte contenu dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1, les modifications convenues par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (figurant dans les documents A/CN.9/691 et A/CN.9/708), ainsi que les modifications adoptées par la Commission à la session en cours, et autorise le Secrétariat à l'éditer et à la finaliser en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

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

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*;
5. *Recommande* que le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* continue d'être dûment pris en considération par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale.”

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

234. La Commission a rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)²⁹ 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 législative³⁰. Elle a également rappelé qu'à cette session elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) de rédiger 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 travaux³¹.

235. La Commission a noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et que, depuis lors, il avait tenu 13 sessions d'une semaine afin d'examiner les modifications qui pourraient être apportées à la Loi type sur la passation de marchés de 1994³². Elle a rappelé que, de sa trente-huitième session, en 2005, à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à treizième sessions et réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qui avait été entreprise, ainsi qu'à l'inclusion de nouvelles pratiques en matière de passation des marchés dans une loi type révisée sur les marchés publics (la loi type révisée)³³. Elle a également rappelé qu'à sa trente-neuvième session elle avait recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide pour son incorporation, tienne compte des questions des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard³⁴; à sa quarantième session, elle avait recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses sessions suivantes, afin d'accélérer ses

²⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

³⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, par. 81.

³¹ *Ibid.*, par. 82.

³² Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à dix-huitième sessions, se reporter respectivement aux documents A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668, A/CN.9/672, A/CN.9/687 et A/CN.9/690.

³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17)*, par. 172; *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 192; *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 170; et *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2)*, par. 307.

³⁴ *Ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 192.

travaux³⁵; et à sa quarante et unième session, elle l'avait invité à terminer rapidement ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la loi type révisée, ainsi que de son guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable³⁶.

236. La Commission a également rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quatorzième à seizième sessions³⁷ et constitué un comité plénier chargé d'examiner un projet de loi type révisée, notamment les questions des marchés de la défense et de l'utilisation de facteurs socioéconomiques dans la passation des marchés publics³⁸. À cette session, elle avait aussi pris note du rapport du Comité plénier, dans lequel celui-ci concluait en particulier que la loi type révisée n'était pas prête pour adoption à cette session, et prié le Groupe de poursuivre ses travaux sur la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994³⁹.

237. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses dix-septième (Vienne, 7-11 décembre 2009) et dix-huitième (New York, 12-16 avril 2010) sessions (A/CN.9/687 et A/CN.9/690, respectivement). Elle a noté que le Groupe de travail avait, lors de ces sessions, achevé une deuxième lecture de tous les chapitres du projet de loi type révisée et commencé une troisième lecture du texte. Il a également été noté que le Groupe de travail avait résolu bon nombre des questions de fond et prié le Secrétariat de reformuler certaines dispositions en tenant compte des délibérations de ces sessions. Elle a également noté qu'à sa dix-huitième session, le Groupe de travail était convenu de régler les questions restées en suspens dans l'ensemble du projet afin d'en finaliser le texte à sa dix-neuvième session. Elle a noté aussi que le Groupe de travail était convenu d'entreprendre des travaux sur un projet de texte révisé du Guide pour l'incorporation. Enfin, elle a noté que le Groupe de travail avait l'intention de lui présenter le projet de loi type révisée pour adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011 (A/CN.9/690, par. 156 et 157).

238. La Commission a rappelé qu'à ses précédentes sessions elle avait invité le Groupe de travail à terminer rapidement son projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la loi type révisée dans un délai raisonnable (voir par. 235 ci-dessus). Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, que la Commission, à sa session en cours, prie le Groupe de travail d'achever le projet de loi type révisée pour le lui soumettre à sa prochaine session, en 2011, et lui donne également pour instruction de ne pas rouvrir le débat sur des questions qui avaient déjà été tranchées.

239. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Groupe de travail d'achever ses travaux sur la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 au cours de ses deux prochaines sessions (voir par. 352 a) ci-dessous) et de lui présenter un projet de loi type révisée pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Elle lui a donné pour instruction de s'abstenir de réexaminer des questions qui avaient déjà fait l'objet de décisions.

³⁵ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 170.

³⁶ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 307.

³⁷ A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672, respectivement.

³⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 11, 48 et 284.

³⁹ Ibid., par. 283 et 284.

VII. Travaux futurs possibles dans les domaines du commerce électronique et du règlement des litiges en ligne

A. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

1. Introduction

240. Il a été rappelé qu'à sa quarantième session, en 2007, la Commission avait prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans le domaine du commerce électronique, en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile⁴⁰.

241. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/692) faisant le point de l'état d'avancement des travaux sur la mise en place et le fonctionnement des guichets uniques menés par l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières incorporant le guichet unique international. Cette note présentait également des informations sur les documents transférables électroniques et rendait compte des évolutions récentes dans le domaine du commerce électronique, l'accent étant mis en particulier sur les systèmes de gestion de l'identité et le commerce électronique effectué au moyen d'appareils mobiles, notamment en matière de paiements.

2. Guichets uniques électroniques

242. La Commission a rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait prié le Secrétariat de s'employer activement, en coopération avec l'OMD et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques et avec la participation d'experts, à étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique, et de lui rendre compte des progrès accomplis à cet égard⁴¹. La Commission a renouvelé cette demande à sa quarante-deuxième session, en 2009⁴².

243. La Commission a pris note avec satisfaction de la participation du Secrétariat à la deuxième réunion de l'Équipe juridique spéciale conjointe. Elle a pris acte de la décision de l'Équipe de recueillir, auprès des experts des procédures douanières, les informations nécessaires sur les éventuels modèles de l'utilisateur et les cas possibles en la matière, et de les compiler de manière à pouvoir les utiliser comme référence pour l'analyse juridique. Concernant les questions juridiques dont l'Équipe estimait qu'elles étaient susceptibles de faire l'objet d'une étude plus approfondie, il a été dit qu'il faudrait faire preuve de prudence en traitant les questions relatives à l'exécution, qui relevaient en général du domaine de la réglementation nationale.

⁴⁰ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 195.

⁴¹ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2)*, par. 333 à 338.

⁴² Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17)*, par. 340.

244. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat de continuer de participer activement aux travaux sur les guichets uniques électroniques menés par l'Équipe juridique spéciale conjointe et par d'autres organisations afin d'échanger des vues et de formuler des recommandations sur les travaux juridiques possibles dans ce domaine.

3. Documents transférables électroniques

245. Il a été rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission avait prié le Secrétariat de réaliser des études sur les documents transférables électroniques à partir des propositions écrites reçues à cette session (documents A/CN.9/681 et Add.1 et A/CN.9/682), et d'organiser, si ses ressources le lui permettaient, un colloque sur les questions considérées en vue de les réexaminer à une session ultérieure⁴³. À la session en cours, il a été rappelé à la Commission que des documents antérieurs avaient déjà traité cette question en détail du point de vue de ses aspects de droit matériel (A/CN.9/WG.IV/WP.69 et A/CN.9/WG.IV/WP.90, dont le Groupe de travail IV avait été saisi à ses trentième et trente-huitième sessions, respectivement).

246. La Commission a noté que l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux avait fait de nouveaux adeptes, notamment eu égard à l'utilisation de registres pour la création et le transfert de droits. Elle a pris note d'une description détaillée de la législation récemment adoptée par la République de Corée, qui permettait l'utilisation de connaissances électroniques sur la base d'une approche fondée sur la désignation d'un conservateur de registre. Dans ce contexte, il a été dit dans les travaux qu'elle pourrait mener dans le domaine des documents transférables électroniques, la Commission devrait se montrer prudente et veiller à ne pas s'écarter ni aller à l'encontre d'autres textes de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (2008) (Règles de Rotterdam)⁴⁴. À titre d'exemple, il a été noté que l'approche fondée sur le registre, consacrée dans la législation de la République de Corée, pouvait aller à l'encontre de l'approche fondée sur le contrôle adoptée dans les Règles de Rotterdam. Une autre opinion exprimée était qu'il n'y avait pas nécessairement conflit entre les deux approches.

247. Pendant la discussion, il a en outre été suggéré que les travaux sur les documents transférables électroniques pourraient englober les questions relatives aux guichets uniques et à la gestion de l'identité, et qu'il était sans doute possible d'aborder l'ensemble de ces questions dans le cadre d'un seul projet. Cependant, il a également été rappelé que les différents documents et droits transférés présentaient peu de points communs entre eux et qu'il ne serait donc pas justifié que le Groupe de travail entreprenne dans l'immédiat des travaux sur ce thème.

4. Gestion de l'identité

248. La Commission a pris note des informations contenues dans la note du Secrétariat (A/CN.9/692) sur le système de gestion de l'identité, son modèle économique, les processus auxquels il faisait appel, ses acteurs principaux et ses

⁴³ Ibid., par. 343.

⁴⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

avantages potentiels. Elle a noté que la gestion de l'identité soulevait plusieurs problèmes juridiques dignes d'intérêt et qu'il avait été demandé d'établir un ensemble de règles juridiques uniformes traitant de ces questions.

5. Utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique

249. En ce qui concerne l'utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique, la Commission est convenue que la communication au moyen de tels appareils pouvait être considérée comme un sous-ensemble des communications électroniques telles que traitées dans les normes législatives qu'elle avait adoptées dans ce domaine. Elle est également convenue que la prévisibilité du statut juridique des opérations effectuées au moyen d'appareils mobiles serait grandement améliorée par l'adoption d'une législation appropriée. À cet égard, il a été reconnu que des conseils sur l'adoption de règles législatives appropriées, notamment en matière d'utilisation d'appareils mobiles, pourraient être utiles, en particulier dans les pays en développement, où l'utilisation plus répandue de ces appareils pourrait contribuer de manière importante à élargir l'accès aux moyens de communication électroniques. Il a également été noté que les services de paiement étaient considérés comme un domaine particulièrement important pour la technologie mobile et que les paiements mobiles pourraient concourir à l'inclusion financière, en particulier dans les zones rurales.

6. Décision de la Commission sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique

250. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat d'organiser un colloque et probablement d'autres réunions informelles pour débattre de tous les sujets susmentionnés. Le Secrétariat a été prié de rendre compte des résultats du colloque à la Commission à sa prochaine session. La note que rédigerait le Secrétariat devrait résumer les débats et si possible proposer des orientations pour des travaux futurs de la Commission dans le domaine du commerce électronique. Il a été convenu que cette note, qui servirait de base de discussion à la quarante-quatrième session de la Commission, en 2011, devrait être suffisamment documentée pour que cette dernière puisse prendre une décision en connaissance de cause et confier un mandat clairement défini à un groupe de travail, si elle le jugeait approprié.

B. Travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique

1. Introduction

251. Il a été rappelé qu'à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, il avait été recommandé d'élaborer une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, afin de déterminer quels types de litiges relatifs au commerce électronique se prêteraient à des mécanismes de règlement en ligne, s'il serait utile d'élaborer des règles de procédure pour le règlement des litiges en ligne et s'il serait possible ou souhaitable de tenir une base de données unique de prestataires agréés de services de règlement des litiges en ligne, ainsi que

d'examiner la question de l'exécution des sentences rendues à l'issue d'un processus de règlement des litiges en ligne en vertu des conventions internationales pertinentes⁴⁵. Reconnaisant l'importance des propositions relatives aux travaux futurs sur le règlement des litiges en ligne s'agissant de promouvoir le commerce électronique, la Commission avait prié le Secrétariat de réaliser une étude sur la base des propositions figurant dans le document A/CN.9/681/Add.2 et d'organiser un colloque sur la question du règlement des litiges en ligne, si ses ressources le lui permettaient⁴⁶.

252. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la question du règlement des litiges en ligne (A/CN.9/706). Cette note résumait en particulier les discussions du colloque organisé conjointement par le Secrétariat, l'Institut du droit commercial international de la Pace University et la Penn State Dickinson School of Law, sur le thème du règlement des litiges en ligne et du commerce électronique mondial et, plus particulièrement, de la mise en place d'un système de réparation pratique et juste pour les acteurs du commerce du XXI^e siècle (consommateurs et commerçants) (Vienne, 29 et 30 mars 2010)⁴⁷. Elle était également saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/710) transmettant des renseignements fournis par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne.

253. La Commission a noté que lors du colloque, il avait été dit que des propositions de mécanismes régionaux de règlement des litiges en ligne étaient en cours d'élaboration, et qu'il pourrait donc être opportun d'examiner d'emblée la question au niveau international afin d'éviter la mise en place de mécanismes incompatibles. On a également noté que les travaux que la CNUDCI pourrait entreprendre dans ce domaine devraient avoir pour but de mettre au point des règles génériques qui, conformément à l'approche adoptée dans les instruments de la Commission (comme la Loi type sur le commerce électronique)⁴⁸, puissent s'appliquer aussi bien aux opérations entre entreprises qu'aux opérations entre entreprises et consommateurs.

254. La Commission a été informée qu'il avait été généralement estimé, pendant le colloque, que les mécanismes de recours judiciaire classiques ne constituaient pas une solution adéquate dans le cas des litiges relatifs au commerce électronique international et que la solution – assurant un règlement rapide des litiges au niveau international – résidait peut-être dans un système mondial de règlement en ligne des litiges entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes. Les litiges internationaux relatifs au commerce électronique exigeaient des mécanismes adaptés n'imposant pas de frais, de retards ni d'obligations disproportionnés par rapport à la valeur économique en jeu. La Commission a généralement appuyé ces avis. Elle a également noté que les travaux dans ce domaine devraient tenir compte de la fracture numérique et que des efforts accrus devraient être déployés pour entendre les avis des pays en développement.

⁴⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338, et A/CN.9/681/Add.2, par. 4.

⁴⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 342 et 343.

⁴⁷ Des informations sur ce colloque sont disponibles à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/news/IICL_Bro_2010_v8.pdf.

⁴⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

255. La Commission a généralement estimé que les questions mises en évidence lors du colloque méritaient d'être étudiées et que ses travaux dans le domaine du règlement des litiges en ligne viendraient à point nommé. On s'est toutefois inquiété de la portée des travaux à entreprendre. On a proposé de les limiter dans un premier temps aux opérations entre entreprises. On a fait remarquer qu'il était difficile d'harmoniser les questions liées à la protection des consommateurs, étant donné que les législations et politiques en la matière variaient considérablement d'un État à l'autre. On a également déclaré que les travaux dans ce domaine devraient être réalisés avec la plus grande prudence afin de ne pas empiéter sur la législation en matière de protection des consommateurs.

256. En réponse, l'avis a été exprimé que, dans l'environnement électronique actuel, les opérations de consommateurs représentaient une part importante des opérations commerciales effectuées par voie électronique et par téléphonie mobile et qu'elles étaient souvent de caractère international. On a également fait valoir qu'il était difficile en théorie et en pratique de faire une distinction non seulement entre les opérations entre entreprises et celles entre entreprises et consommateurs mais aussi entre les commerçants et les consommateurs. On a conclu que les travaux qui seraient entrepris par un groupe de travail devraient être soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs. Il a été généralement estimé qu'il serait possible d'élaborer un ensemble de règles génériques applicables aux deux types d'opérations mais il a été convenu que ce groupe de travail devrait avoir la liberté de proposer différentes approches si nécessaire.

2. Décision de la Commission concernant les travaux futurs sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique

257. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue de créer un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que le groupe de travail arrêterait la forme du standard juridique qui serait élaboré une fois que la question aurait été examinée plus avant.

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

258. La Commission était saisie d'une série de notes (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6) contenant plusieurs propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) avait examiné lesdites propositions à sa trente-huitième session (A/CN.9/691, par. 99 à 107). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition de la Suisse figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

259. À l'issue de la discussion, la Commission a fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V au paragraphe 104 du document A/CN.9/691, selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus

grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité, à savoir:

a) La proposition des États-Unis, décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, d'élaborer des lignes directrices sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posaient dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention⁴⁹;

b) Les propositions du Royaume-Uni (voir A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), d'INSOL (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et de l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6) sur les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'une discussion approfondie, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient se concentrer uniquement sur les obligations et responsabilités découlant de l'insolvabilité et que les questions de droit pénal sortaient du cadre du mandat.

260. En ce qui concerne la proposition de la Suisse, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait entreprendre l'étude (voir A/CN.9/709, par. 7) si ses ressources le lui permettaient. Il a été noté à cet égard que plusieurs autres organisations devraient en principe publier des rapports rendant compte de leurs travaux sur le même sujet d'ici à la fin de 2010 et que le Secrétariat devrait tenir compte de ces rapports dans ses propres travaux. Il était prévu de rechercher une coordination entre le Secrétariat et d'autres organisations internationales intéressées.

261. Le Secrétariat a présenté une proposition à la Commission, expliquant que les participants aux colloques judiciaires organisés par la CNUDCI en coopération avec INSOL et la Banque mondiale (le neuvième Colloque était prévu pour 2011) avaient exprimé le souhait que des informations et des orientations soient fournies aux juges sur les questions internationales et, en particulier, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité. La Commission a été informée qu'à cette fin le Secrétariat travaillait à la préparation d'un projet de texte présentant le point de vue des juges concernant l'application et l'interprétation de la Loi type. Elle est convenue que le Secrétariat devrait être chargé d'élaborer ce texte, si ses ressources le lui permettaient, avec la même souplesse qui avait présidé à l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*. Ce travail impliquerait de consulter principalement des juges, mais aussi des praticiens et professionnels de l'insolvabilité; de soumettre le texte au Groupe de travail V pour examen à un stade approprié; et de le présenter à la Commission pour finalisation et adoption, si possible en 2011.

⁴⁹ Voir la proposition connexe de l'Union Internationale des Avocats (UIA), mentionnée dans le rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009) (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés

262. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait pris note avec intérêt des futurs thèmes de travail que le Groupe de travail VI (Sûretés) avait examinés à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126, respectivement). Elle a également noté qu'elle était convenue à cette session: a) que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé; et b) qu'elle serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail à sa quarante-troisième session en se fondant sur une note du Secrétariat⁵⁰. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1).

263. Par ailleurs, la Commission a noté que le Groupe de travail VI avait entrepris à sa dix-septième session (New York, 8-12 février 2010) un examen préliminaire de son programme de travaux futurs (A/CN.9/689, par. 59 à 61). Elle a également noté qu'à cette session, l'idée de travaux sur l'inscription des sûretés et sur une loi type relative aux opérations garanties fondée sur les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* avait reçu un certain appui, étant entendu que les éventuels travaux sur les sûretés grevant des valeurs mobilières devraient se restreindre aux titres non intermédiés et que ceux sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle devraient être étroitement coordonnés avec l'OMPI (A/CN.9/689, par. 61).

264. La Commission est convenue que les quatre questions touchant au droit des opérations garanties énoncées au paragraphe 2 (points a) à d)) du document A/CN.9/702 (titres non intermédiés, inscription des sûretés réelles mobilières, loi type et guide contractuel sur les opérations garanties) présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs (pour la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle, voir les paragraphes 269 à 273 ci-dessous). Dans le même temps, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle a décidé qu'elle ne pouvait pas entreprendre simultanément des travaux dans les quatre domaines en question et qu'elle devrait donc établir des priorités. À cet égard, il a été généralement convenu que la priorité devrait être accordée aux travaux concernant l'inscription des sûretés sur des biens meubles.

265. Il a été largement estimé qu'un tel texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. Il a été dit que la réforme du droit des opérations garanties ne pourrait être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le *Guide* ne traitait pas de façon suffisamment détaillée les diverses questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui devaient être réglées pour mettre en place un tel registre avec succès et efficacité.

⁵⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.

266. Il a également été convenu que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et des modèles de réglementation; et b) se fonder sur le *Guide*, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des systèmes de registre des sûretés similaires au registre recommandé dans le *Guide*. En réponse à une intervention selon laquelle les travaux de la Commission sur l'inscription des sûretés ne devraient pas faire double emploi avec ceux réalisés, par exemple, dans le contexte de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)⁵¹, il a été indiqué que le registre prévu dans la Convention du Cap différerait du registre recommandé dans le *Guide* du moins dans la mesure où il s'agissait d'un registre international portant sur des biens et permettant l'inscription d'opérations de vente.

267. S'agissant des travaux relatifs aux sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, différentes opinions ont été exprimées. Selon un avis, des travaux devraient être entrepris pour donner aux États des orientations concernant les sûretés réelles mobilières grevant un type de biens très important. Il a été dit que les titres non intermédiés étaient affectés en garantie de crédits dans les opérations financières commerciales et que, néanmoins, ils étaient en général exclus du champ d'application du *Guide* et de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (2009)⁵². Selon un autre avis, il n'y avait pas de raison pour que les recommandations du *Guide* ne s'appliquent pas aux sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, ce qui pourrait se faire moyennant une modification des dispositions relatives au champ d'application du *Guide*. Il a été dit que le Secrétariat pourrait étudier la question et faire rapport à la Commission à une session ultérieure. Selon un autre avis encore, tous travaux concernant les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés devraient être ajournés de manière à permettre à l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) d'achever ses travaux sur un commentaire et un guide pour l'incorporation ("accession kit") devant accompagner la Convention de Genève, et d'envisager ses travaux futurs dans le domaine des marchés financiers.

268. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé que le Groupe de travail VI serait chargé, à titre prioritaire, d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Il a également été convenu que d'autres sujets, tels que les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type fondée sur les recommandations du *Guide* et un texte traitant des droits et obligations des parties, seraient pris en compte dans le futur programme du Groupe de travail VI afin que la Commission puisse les examiner plus à fond à une session ultérieure à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources existantes.

269. La Commission a ensuite examiné la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle, qui se situe à la croisée du droit de la propriété intellectuelle

⁵¹ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf.

⁵² Disponible à la date du présent rapport à l'adresse <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf>.

et du droit des contrats. Il a été largement estimé que la Commission n'avait pas suffisamment d'informations pour décider s'il était souhaitable et possible d'effectuer des travaux dans ce domaine. La Commission s'est donc demandé s'il y avait lieu de prier le Secrétariat de réaliser une étude sur l'opportunité et la faisabilité, dans laquelle il définirait les besoins concrets et proposerait des moyens spécifiques d'y faire face au moyen d'un texte juridique que la Commission établirait pour éliminer les obstacles juridiques à l'octroi de licences de propriété intellectuelle qui entravent le développement du commerce international.

270. Les avis ont divergé sur la question de savoir si le sujet de l'octroi de licences de propriété intellectuelle relevait du mandat de la Commission et si par conséquent celle-ci pouvait entreprendre des travaux sur ce sujet. Selon un point de vue, dans la mesure où l'octroi de licences de propriété intellectuelle faisait intervenir des questions ayant trait aux contrats et constituait une part non négligeable du commerce international, le sujet relevait du mandat de la Commission. Selon un autre avis, l'octroi de licences de propriété intellectuelle était plutôt une question relevant du droit de la propriété intellectuelle et donc de la compétence d'autres organisations, telles que l'OMPI. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que l'octroi de licences de propriété intellectuelle, sujet situé à l'intersection du droit de la propriété intellectuelle et du droit commercial, relevait de son mandat mais que tous ses travaux en la matière devaient être menés en collaboration avec d'autres organisations, telles que l'OMPI.

271. Les avis ont également divergé quant à la portée d'une étude qui serait réalisée par le Secrétariat. Selon un point de vue, l'étude devrait porter sur l'opportunité et la faisabilité de travaux sur diverses questions liées à l'octroi de licences de propriété intellectuelle. Il a été dit qu'il ne fallait pas préjuger de l'issue de l'étude. À ce propos, il a été observé que l'étude pourrait bien conclure que des travaux n'étaient nécessaires et possibles que sur une question restreinte ou sur aucune question. En outre, il a été signalé que la Commission, ayant déjà réalisé de telles études sur l'opportunité et la faisabilité dans le contexte d'un processus prudent, ouvert et systématique comprenant des réunions d'experts, des colloques et des séminaires, était convaincue qu'un tel processus produirait le résultat le meilleur et le plus globalement acceptable pour examen par la Commission. Il a été dit en outre que comme l'étude devrait être réalisée dans la limite des ressources disponibles et que d'autres travaux avaient la priorité, le Secrétariat aurait probablement besoin d'un certain temps pour la faire.

272. Selon un autre avis, l'étude devait examiner un sujet étroit lié aux opérations garanties, par exemple la question de savoir si les droits du preneur pouvaient être utilisés en garantie d'un crédit et, dans l'affirmative, lesquels exactement et sous quelles conditions. Il a été dit qu'en l'absence d'indication spécifique d'un besoin précis, rien ne justifiait que les travaux aient une portée plus large. Il a également été observé que l'expérience tirée des travaux sur l'octroi des licences de propriété intellectuelle réalisés au niveau national donnait à penser que de tels travaux n'étaient ni souhaitables ni possibles. À cet égard, il a été souligné que les questions relatives à l'octroi de licences de brevets différaient de celles concernant l'octroi de licences de droit d'auteur. Il a également été signalé que même dans le domaine de l'octroi de licences de droit d'auteur, les questions qui se posaient différaient selon que les licences portaient sur des logiciels ou sur des œuvres cinématographiques ou musicales. En outre, il a été dit que les difficultés se compliqueraient au niveau

international, étant donné les différences considérables existant entre les divers systèmes juridiques. On s'est demandé si la question de l'utilisation des droits du preneur pour garantir un crédit justifiait des travaux futurs, compte tenu en particulier des travaux que la Commission avait faits sur le supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles.

273. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser une étude, dans la limite des ressources disponibles, afin de recenser des thèmes précis et de déterminer s'il était souhaitable et possible qu'elle prépare un texte juridique en vue d'éliminer des obstacles spécifiques au commerce international dans le contexte des pratiques d'octroi des licences de propriété intellectuelle. Il a été largement estimé que l'étude devrait définir des besoins précis et des moyens appropriés d'y répondre, et déterminer avec soin la pertinence et la portée des travaux afin de faciliter l'examen du sujet par la Commission à une session ultérieure. Il a été convenu d'une manière générale que le Secrétariat devrait consulter les organisations internationales pertinentes, telles que l'OMPI, et des experts du secteur public et du secteur privé ayant une solide expérience de l'octroi des licences de propriété intellectuelle, notamment ceux qui recouraient à l'octroi de licences de propriété intellectuelle dans leurs propres pratiques commerciales. En outre, il a été généralement convenu que le Secrétariat devrait envisager d'envoyer un questionnaire aux États pour évaluer les besoins et tous les moyens possibles d'y répondre.

X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance

274. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, l'avis avait été exprimé qu'il serait opportun qu'elle procède à une étude sur la microfinance, afin de déterminer s'il fallait établir un cadre légal et réglementaire pour protéger et développer le secteur de la microfinance et permettre ainsi son expansion continue, conformément à son objectif qui était de mettre en place des services financiers ouverts à tous en faveur du développement. Il a en outre été rappelé qu'à l'issue du débat tenu à cette session, la Commission avait prié le Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, de réaliser une étude détaillée des questions légales et réglementaires se posant dans le domaine de la microfinance et de formuler des propositions concernant la forme et la nature d'un document de référence qu'elle pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier à mettre en place un cadre juridique favorable à la microfinance. Elle avait également prié le Secrétariat de travailler en collaboration avec des experts et de solliciter la coopération éventuelle d'autres organisations intéressées pour réaliser une telle étude, le cas échéant⁵³.

275. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat contenant l'étude et les propositions demandées (A/CN.9/698). Il a été expliqué que la note avait pour objet d'examiner les questions liées au cadre légal et réglementaire de la microfinance et d'en donner un aperçu général.

⁵³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 432 et 433.

276. Il a été reconnu qu'en aidant les nombreux pauvres actuellement exclus du système financier classique à accéder à des services financiers, la microfinance pouvait jouer un rôle important dans la lutte contre la pauvreté et la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement⁵⁴. Il a également été noté qu'un environnement réglementaire approprié contribuait au développement du secteur de la microfinance.

277. Un certain nombre de représentants ont mis la Commission en garde contre le risque de s'égarer sur le terrain de la réglementation bancaire et financière interne. Une délégation a noté que la question avait suscité des débats acrimonieux lorsqu'elle avait été soulevée dans d'autres instances internationales. Il a été demandé si la microfinance relevait bien du domaine d'activité de la CNUDCI, dont le mandat concernait le commerce international. Il a aussi été déclaré que de nombreux aspects de la microfinance semblaient dans une large mesure revêtir un caractère purement interne et qu'il fallait faire ressortir clairement l'aspect supranational de tous travaux dans ce domaine.

278. Un observateur a mentionné certaines des principales évolutions dans le domaine, telles que la "commercialisation" croissante de la microfinance au cours des dernières années; l'élargissement du concept de microfinance, qui ne se limitait plus au crédit et proposait aux pauvres un plus large éventail de services financiers, comme l'assurance et les envois de fonds; l'expansion des "banques sans agences"; et le développement de la téléphonie mobile dans la prestation de services financiers.

279. Plusieurs intervenants ont noté qu'étant donné qu'un certain nombre d'autres organisations s'employaient activement à élaborer des principes et normes dans le domaine de la microfinance, il était nécessaire que la CNUDCI, si elle devait entreprendre des travaux dans ce domaine, collabore étroitement avec d'autres acteurs clefs. Il a été dit qu'il fallait veiller à compléter les travaux réalisés par d'autres organisations et éviter les doubles emplois.

280. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue de prier le Secrétariat de convoquer un colloque, auquel participeraient éventuellement des experts d'autres organisations travaillant activement dans ce domaine, pour étudier les questions légales et réglementaires liées à la microfinance et relevant du mandat de la CNUDCI. Un rapport devrait être établi à l'issue du colloque et présenté à la Commission à sa prochaine session, rapport qui exposerait les questions en jeu et contiendrait des recommandations sur les travaux que la CNUDCI pourrait utilement entreprendre dans ce domaine.

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

281. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D (aujourd'hui appelé "Comité sur l'arbitrage") de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre dans la législation l'application de la Convention de New York et à examiner les mécanismes procéduraux que les États avaient adoptés pour la reconnaissance et

⁵⁴ À la date du présent rapport, de plus amples informations sur les objectifs du Millénaire pour le développement se trouvent à l'adresse www.un.org/fr/millenniumgoals/.

l'exécution des sentences arbitrales en vertu de cette convention⁵⁵. Un questionnaire avait été distribué aux États afin de déterminer comment la Convention avait été incorporée dans les systèmes juridiques nationaux et comment elle était interprétée et appliquée. L'une des principales questions à examiner dans ce projet était de savoir si les États parties soumettaient la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à des conditions supplémentaires qui n'étaient pas prévues dans la Convention. Il a aussi été rappelé que le Secrétariat avait présenté à la Commission, à sa trente-huitième session, en 2005, un rapport préliminaire qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues au questionnaire précité (A/CN.9/585)⁵⁶.

282. La Commission a également rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait examiné un rapport écrit sur ce projet, qui avait été élaboré à partir des réponses envoyées par 108 États parties à la Convention (A/CN.9/656 et Add.1) et qui couvrait la mise en œuvre de la Convention par les États, son interprétation et son application, ainsi que les conditions et les procédures prévues par les États pour l'exécution des sentences en vertu de la Convention. À cette session, la Commission avait accueilli favorablement les recommandations et les conclusions du rapport, notant qu'elles mettaient en évidence les domaines où des travaux supplémentaires pourraient s'avérer nécessaires pour renforcer l'interprétation uniforme et l'application effective de la Convention. D'une manière générale, elle avait été d'avis que ce projet devrait aboutir à l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes du texte de façon à éviter les incertitudes de sa mise en œuvre imparfaite ou partielle et à réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention. Elle avait demandé au Secrétariat d'étudier la possibilité d'élaborer un tel guide. Elle lui avait également demandé de publier les informations recueillies au cours du projet sur le site Web de la CNUDCI, dans la langue dans laquelle elles avaient été reçues⁵⁷.

283. La Commission a en outre rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait entendu un rapport oral sur ce projet. Elle avait noté en particulier qu'il était prévu d'élaborer la version préliminaire d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York et que les informations recueillies au cours du projet, sous réserve que l'exactitude en soit confirmée, seraient publiées sur son site Web⁵⁸.

284. À sa session en cours, la Commission a noté avec satisfaction qu'en réponse à sa demande, les informations recueillies dans le cadre du projet avaient été publiées sur son site Web dans la langue dans laquelle elles avaient été reçues. Pour tenir à jour ces informations et faire en sorte que l'étude réalisée sur cette base soit aussi fructueuse que possible, la Commission a instamment prié les États de continuer à communiquer au Secrétariat des renseignements sur la manière dont ils mettaient en œuvre la Convention. Elle a demandé au Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration du guide pour l'incorporation de la Convention. Il a été convenu

⁵⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.

⁵⁶ *Ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 188 à 191.

⁵⁷ *Ibid.*, *soixantième-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 355 et 356.

⁵⁸ *Ibid.*, *soixantième-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 360.

qu'une présentation plus détaillée sur les progrès accomplis en la matière serait faite à une session ultérieure de la Commission.

XII. Assistance technique en matière de réforme du droit

285. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/695 et Add.1) décrivant les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises après la date de la note sur ce sujet qui lui avait été soumise à sa quarante-deuxième session, en 2009 (A/CN.9/675 et Add.1). Elle a souligné l'importance de cette coopération et de cette assistance techniques, en particulier en ce qui concernait l'adoption et l'utilisation des textes émanant de ses travaux et s'est déclarée satisfaite des activités du Secrétariat mentionnées dans le document A/CN.9/695, et notamment de la vaste gamme d'activités entreprises pour promouvoir l'adoption des Règles de Rotterdam (voir A/CN.9/695/Add.1). Il a été souligné que l'assistance technique dans le domaine législatif, en particulier à l'intention des pays en développement, était une activité qui n'avait pas moins d'importance que l'élaboration de règles uniformes. Pour cette raison, le Secrétariat a été encouragé à continuer de fournir une telle assistance dans la mesure la plus large possible et à améliorer l'ouverture vers les pays en développement en particulier. La Commission s'est félicitée de la proposition du Secrétariat tendant à élaborer, à l'intention de la CNUDCI, un rapport spécial annuel sur les activités entreprises pour promouvoir chacun des textes législatifs nouvellement adoptés.

286. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à participer aux activités de coopération et d'assistance techniques pour répondre aux demandes des États et des organisations régionales que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses y afférentes. Elle a fait observer en particulier que, malgré les efforts déployés par le Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI étaient très limitées. Les demandes d'activités de coopération et d'assistance techniques devaient donc être examinées très soigneusement et le nombre de ces activités limité. À cet égard, la Commission a demandé au Secrétariat de continuer de chercher de nouvelles sources de financement extrabudgétaires et de faire le point sur l'existence d'autres ressources, notant qu'elle devrait avoir à sa disposition les moyens nécessaires pour mener des activités de coopération et d'assistance techniques.

287. La Commission a appelé tous les États à aider le Secrétariat à identifier les sources de financement disponibles, à l'échelle nationale ou au sein de leurs organisations, qui pourraient s'associer à elle pour appuyer les activités de coopération et d'assistance techniques destinées à promouvoir l'utilisation et l'adoption de ses textes, ainsi qu'une plus grande participation à leur élaboration. En particulier, le Secrétariat a été invité à chercher les moyens d'étoffer la collaboration avec d'autres organisations, telles qu'UNIDROIT et la Conférence de La Haye de droit international privé, pour promouvoir conjointement des textes connexes.

288. La Commission a également appelé de nouveau tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la

CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre au nombre croissant de demandes d'activités de coopération et d'assistance techniques émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié le Cameroun et Singapour d'avoir contribué au Fonds depuis la quarante-deuxième session et les organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou en accueillant des séminaires.

289. 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.

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

290. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/696) qui présentait l'état du système de collecte et de diffusion de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) et faisait le point sur les travaux entrepris par le Secrétariat concernant les précés de jurisprudence se rapportant à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)⁵⁹ et à la Loi type sur l'arbitrage. Le document appelait également l'attention sur le fait que ces activités consommaient beaucoup de ressources et que des ressources supplémentaires étaient nécessaires pour les poursuivre.

291. La Commission a noté avec satisfaction le travail continu dans le cadre du système (CLOUT). Au 14 avril 2010, 92 numéros du Recueil de jurisprudence, rendant compte de 925 affaires liées principalement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Loi type sur l'arbitrage, avaient été publiés. Par ailleurs, la Commission a noté l'accroissement des sommaires de jurisprudence portant sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité, ainsi que la publication de sommaires sur la Convention de New York. Elle a également noté que la majorité des sommaires publiés concernaient des décisions rendues dans des États d'Europe occidentale et autres États, le reste portant sur des décisions rendues dans d'autres régions (Asie-Pacifique, Europe orientale, Afrique, et Amérique latine et Caraïbes, dans l'ordre du nombre de sommaires publiés par région). Il a été largement convenu que le Recueil de jurisprudence demeurait un aspect important des activités générales de coopération et d'assistance techniques de la CNUDCI et que sa large diffusion dans les six langues officielles de l'ONU encourageait l'interprétation et l'application uniformes des textes de la CNUDCI. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux et aux autres collaborateurs pour avoir contribué au développement du Recueil de jurisprudence. Le Secrétariat a été encouragé à poursuivre ses efforts pour élargir la composition et renforcer la vitalité du réseau des collaborateurs au Recueil de jurisprudence.

⁵⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

292. La Commission a pris note du fait que le Recueil de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes était actuellement mis à jour en vue de le finaliser pour le dernier trimestre de 2010. Le précis concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international est également en cours de préparation et les travaux devraient se poursuivre jusqu'au dernier trimestre de 2010.

293. La Commission a remercié le Secrétariat pour les travaux accomplis dans ce domaine et est convenue que le Recueil de jurisprudence et les précis étaient des outils importants – qu'il était essentiel de conserver – pour promouvoir la diffusion, l'harmonisation et l'interprétation uniforme de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI. Elle a pleinement appuyé l'appel lancé pour obtenir davantage de ressources afin de soutenir et d'élargir les travaux du Secrétariat dans ce domaine.

XIV. État et promotion des textes de la CNUDCI

294. 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.9/694) et sur les informations que ce dernier avait obtenues après la soumission de cette note. Elle a pris note avec satisfaction, pour ce qui est des conventions et lois types énumérées ci-après, des informations reçues depuis sa quarante-deuxième session concernant les actes accomplis en rapport avec ces conventions et les textes législatifs adoptés sur la base de ces lois types:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)⁶⁰ [non modifiée] (28 États parties);

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)⁶¹ (20 États parties);

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)⁶² (34 États parties);

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)⁶³. Nouveaux actes: République dominicaine et Turquie (adhésions); 76 États parties;

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)⁶⁴. La Convention compte 5 dépôts d'instrument; 10 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)⁶⁵. La Convention compte 4 dépôts d'instrument; 5 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

⁶⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels*, New York, 20 mai-14 juin 1974 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), partie I.

⁶¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.13.

⁶² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

⁶³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

⁶⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)⁶⁶ (8 États parties);

h) Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)⁶⁷. La Convention compte 1 dépôt d'instrument; 5 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

i) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)⁶⁸. Nouveaux actes: Honduras et Singapour (ratifications). La Convention compte 2 dépôts d'instrument; 3 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

j) Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)⁶⁹. Nouveaux actes: Arménie, Cameroun, Congo, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Gabon, Ghana, Grèce, Guinée, Madagascar, Mali, Niger, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Sénégal, Suisse et Togo (signatures). Vingt dépôts d'instrument sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

k) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁷⁰. Nouvel acte: ex-République yougoslave de Macédoine (retrait de réserve); 144 États parties;

l) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)⁷¹, telle que modifiée en 2006⁷². Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type amendée en 2006: États-Unis, État de Floride (2010), Irlande (2010) et Rwanda (2008);

m) Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)⁷³;

n) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)⁷⁴. Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Arménie (2005) et Géorgie (1999);

o) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)⁷⁵. Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Iran (République islamique d') (2004) et Jamaïque (2006);

p) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)⁷⁶. Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Canada (2009) et Grèce (2010);

⁶⁵ *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.

⁶⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

⁶⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

⁶⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

⁶⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

⁷⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

⁷¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

⁷² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

⁷³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

⁷⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

⁷⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

q) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)⁷⁷. Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Jamaïque (2006); adoption d'un texte législatif s'inspirant des principes sur lesquels est fondée la Loi type: Inde (2009);

r) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)⁷⁸. Adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Albanie (2003) et Honduras (2000).

295. Pendant la session, la Turquie a déposé son instrument d'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Dans sa déclaration à la Commission, le représentant de la Turquie a indiqué que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels était un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États et que l'amélioration du cadre juridique régissant le commerce international était un aspect fondamental de ce processus de développement.

296. Toujours à la session en cours, Singapour a déposé son instrument de ratification de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Dans sa déclaration devant la Commission, le représentant de Singapour a noté que la Convention établissait une nouvelle norme mondiale pour les législations nationales sur le commerce électronique. Il a été noté que Singapour comptait parmi les États qui étaient à l'avant-garde de l'application de lois sur le commerce électronique et sur les technologies de l'information et de la communication. Le représentant de Singapour a indiqué que son pays avait adopté des textes législatifs donnant effet à la Convention dans son droit interne. Il a également noté qu'une plus large adoption de la Convention contribuerait de manière importante à l'harmonisation des législations sur le commerce électronique. Le représentant du Honduras, qui avait déposé son instrument de ratification de la Convention quelques semaines auparavant, a également insisté sur le rôle que cette dernière pouvait jouer dans la promotion du développement régional en matière de commerce électronique. Il a engagé les États à adopter la Convention et à la promouvoir dans leurs régions respectives.

297. La Commission a été informée que l'Australie avait récemment adopté des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, telle que modifiée en 2006.

298. La Commission a été informée, et a noté avec satisfaction, qu'un certain nombre d'États étaient en passe de devenir parties à plusieurs de ses instruments ou de les adopter. Ces États ont été instamment invités à communiquer toute information disponible sur ce point à la Commission et au Secrétariat.

⁷⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

⁷⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

⁷⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

XV. Méthodes de travail de la CNUDCI

299. La Commission a rappelé qu'à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), elle était saisie d'un document renfermant les observations et propositions du Gouvernement français sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635) et avait procédé à un échange de vues préliminaire sur ces observations et propositions. Elle était convenue à cette session que la question des méthodes de travail ferait l'objet d'un point spécifique de son ordre du jour à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007). Pour faciliter les consultations informelles entre tous les États intéressés, le Secrétariat avait été prié de préparer une compilation des règles de procédure et des pratiques établies par la CNUDCI elle-même ou par l'Assemblée générale dans ses résolutions concernant les travaux de la Commission. Le Secrétariat avait également été prié de faire le nécessaire, en fonction des ressources disponibles, pour que les représentants de tous les États intéressés se réunissent la veille de l'ouverture de la reprise de la quarantième session de la Commission et, si possible, pendant la reprise de la session⁷⁹. À la reprise de sa quarantième session, la Commission avait examiné la question des méthodes de travail en se fondant sur les observations et les propositions du Gouvernement français (A/CN.9/635), les observations des États-Unis (A/CN.9/639) et la note que le Secrétariat avait été prié de rédiger sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI (A/CN.9/638 et Add.1 à 6). Elle avait été informée que, le 7 décembre 2007, les représentants de tous les États intéressés avaient tenu des consultations informelles sur son règlement intérieur et ses méthodes de travail. À cette session, la Commission était convenue que:

a) Tout examen futur devrait être fondé sur les délibérations qu'elle avait tenues antérieurement sur le sujet, les observations de la France et des États-Unis (A/CN.9/635 et A/CN.9/639, respectivement) et la note du Secrétariat (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), dont on considérerait qu'elle donnait un aperçu historique particulièrement important de l'établissement et de l'évolution du règlement intérieur et des méthodes de travail de la CNUDCI;

b) Le Secrétariat devrait être chargé de préparer, à partir des informations pertinentes présentées dans sa précédente note (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), un document de travail décrivant les pratiques actuelles de la Commission s'agissant de l'application du règlement intérieur et des méthodes de travail, en particulier en ce qui concernait la prise de décisions et la participation d'entités non étatiques à ses travaux. Ce document de travail servirait de base aux futures délibérations, formelles et informelles, de la Commission sur la question, étant entendu que le Secrétariat indiquerait au besoin ses observations sur le règlement intérieur et les méthodes de travail pour examen par la Commission;

c) Le Secrétariat devrait distribuer le document de travail à tous les États pour commentaires et regrouper ensuite tous les commentaires qu'il pourrait recevoir;

⁷⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17), Part I, par. 234 à 241.*

d) Des consultations informelles entre tous les États intéressés pourraient se tenir, si possible, avant sa quarante et unième session;

e) Le document de travail pourrait être examiné dès sa quarante et unième session, si elle en avait le temps⁸⁰.

300. La Commission a également rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle était saisie d'une note du Secrétariat décrivant ses pratiques actuelles en ce qui concernait la prise de décisions, le statut d'observateur auprès de la CNUDCI et les travaux préparatoires entrepris par le Secrétariat (A/CN.9/653). À cette session, elle était également saisie d'une note du Secrétariat regroupant les commentaires sur la note A/CN.9/653 reçus avant la session (A/CN.9/660 et Add.1 à 5). Elle avait prié le Secrétariat d'établir à partir de sa note A/CN.9/653 un premier projet de document de référence à l'intention des présidents, représentants et observateurs, ainsi que du Secrétariat lui-même. Il était entendu que ce document de référence devrait présenter un caractère un peu plus normatif que la note A/CN.9/653. Si le terme "guide" avait le plus souvent été employé pour décrire le futur document de référence, aucune décision sur sa forme définitive n'avait été prise. Le Secrétariat avait été prié de distribuer le projet de document de référence aux États et aux organisations internationales intéressées pour commentaires et de regrouper ces commentaires pour que la Commission les examine à sa quarante-deuxième session. Sans préjudice des autres formes de consultation, la Commission avait décidé qu'au début de sa quarante-deuxième session deux jours seraient réservés à la tenue de réunions informelles, avec interprétation dans les six langues officielles de l'ONU, pour examiner le projet de document de référence⁸¹.

301. La Commission a en outre rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait été saisie d'une note du Secrétariat contenant un premier projet de document de référence (A/CN.9/676), de commentaires d'États et d'organisations internationales intéressées (A/CN.9/676/Add.1 à 9) et d'une proposition de la France (A/CN.9/680) visant à modifier le document de référence A/CN.9/676. Il a été rappelé qu'elle avait consacré les deux premiers jours de cette session à des consultations informelles sur la question de ses méthodes de travail et que le débat en plénière s'était fondé sur le document A/CN.9/676. Elle a rappelé aussi qu'à l'issue du débat en plénière elle était convenue de quelques modifications à apporter au document, avait reporté à plus tard l'examen d'autres modifications proposées sur lesquelles elle n'avait pu parvenir à une décision, et avait ajourné l'examen des parties du document qu'elle n'avait pu aborder à cette session faute de temps⁸².

302. À sa quarante-troisième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat contenant un projet de relevé de conclusions sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI (A/CN.9/697). Ce résumé avait été établi suite aux consultations tenues entre les sessions par les délégations intéressées. La Commission était également saisie d'une note reproduisant les commentaires du Burundi sur les méthodes de travail de la CNUDCI (A/CN.9/697/Add.1). Ces commentaires, qui se fondaient sur le document A/CN.9/676, avaient été reçus par le Secrétariat après la quarante-deuxième session de la Commission.

⁸⁰ Ibid., (A/62/17), Part II, par. 101 à 107.

⁸¹ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 373 à 381.

⁸² Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 379 à 397.

303. La Commission a estimé que le document A/CN.9/697 constituait une bonne base pour la poursuite des discussions. Il a été convenu que le relevé de conclusions figurant en annexe à cette note ne visait pas à fournir un ensemble complet de règles mais décrivait du mieux possible les principales caractéristiques des méthodes de travail de la CNUDCI. Une délégation a regretté qu'un règlement intérieur plus détaillé n'ait pu être élaboré.

304. La Commission est convenue que les documents précédemment élaborés par le Secrétariat, en particulier les documents A/CN.9/638 et Add.1 à 6, devraient pouvoir continuer à servir de référence dans l'avenir.

305. À l'issue de la discussion, la Commission a adopté à l'unanimité le relevé de conclusions sur son règlement intérieur et ses méthodes de travail, reproduit à l'annexe III du présent rapport.

306. Concernant l'application de ce texte, il a été souligné que tous les présidents devraient respecter aux prochaines sessions les principes énoncés dans le relevé de conclusions. Le Secrétariat a été prié d'émettre tout rappel pouvant être nécessaire pour assurer le strict respect de ces principes. S'agissant des organisations non gouvernementales, dont la contribution était généralement considérée comme bienvenue et essentielle pour les travaux de la Commission et de ses groupes de travail, il a été souligné que seules les organisations susceptibles d'apporter une contribution positive à l'avancement d'un projet devraient être invitées à participer à une session.

XVI. Coordination et coopération

A. Généralités

307. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/707 et Add.1) rendant brièvement compte des travaux menés par les organisations internationales en matière d'harmonisation du droit commercial international, l'accent étant mis sur le travail législatif de fond. Elle a félicité le Secrétariat pour l'élaboration de ces documents, reconnaissant leur utilité pour la coordination des activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international. Elle a rappelé qu'à ses quarante et unième et quarante-deuxième sessions, en 2008 et 2009, le Secrétariat avait proposé que son rapport annuel général sur les activités menées par les organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international et sa série de rapports spécialisés consacrés à des thèmes particuliers ne soient pas, à l'avenir, nécessairement publiés avant sa session annuelle⁸³. Elle a accueilli favorablement l'information selon laquelle, vu l'intérêt croissant que suscitaient les questions d'insolvabilité dans le contexte de la crise économique mondiale actuelle, le Secrétariat publierait bientôt une étude plus détaillée sur les activités relatives à l'insolvabilité.

308. Il a été rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission était convenue d'adopter une attitude plus proactive, par l'intermédiaire de son

⁸³ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 382, et *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 398.

secrétariat, pour s'acquitter de son mandat en matière de coordination⁸⁴. Rappelant la résolution 64/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2009 (voir par. 340 et 341 ci-dessous), dans laquelle l'Assemblée avait approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la CNUDCI en vue de coordonner les activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, 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 Conférence de La Haye de droit international privé, l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'Organisation des États américains, UNIDROIT, l'OMPI, la Banque mondiale et d'autres banques multilatérales de développement, ainsi que l'Organisation mondiale du commerce. 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 approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

309. Elle a cité, comme exemples d'activités de coordination en cours, celles mentionnées aux paragraphes 26 à 30 du document A/CN.9/695 et au paragraphe 13 du document A/CN.9/695/Add.1, en particulier les réunions tenues avec le secrétariat de la Conférence de La Haye de droit international privé et UNIDROIT.

B. Rapports d'autres organisations internationales

310. La Commission a pris note de déclarations faites au nom de l'Association du transport aérien international (IATA) et de l'Union internationale des télécommunications (UIT).

311. La Commission a entendu une déclaration faite au nom de l'IATA, dans laquelle il était rendu compte des travaux que l'Association menait en matière de fret électronique pour supprimer les documents papier du transport aérien de marchandises et pour les remplacer par l'échange de données et de messages électroniques. Notant que le fret électronique était utilisé en 24 endroits en 2009, l'IATA s'employait à accroître ce nombre pour étendre, d'ici à la fin de 2010, cette pratique à 44 endroits et 76 grands aéroports et porter de 16 à 20 le nombre de normes de messagerie électronique remplaçant les documents papier. En ce qui concerne ce dernier point, la Commission a été informée que des travaux étaient en cours pour introduire le connaissement aérien électronique, qui était utilisé en plus de 20 endroits. Au total, plus de 80 % des services de fret aérien international seraient à même de pratiquer le fret électronique d'ici à la fin de 2010.

312. La Commission a aussi entendu une déclaration faite au nom de l'UIT concernant les travaux de celle-ci sur les questions de cybersécurité, notamment la gestion de l'identité, la confidentialité des données et la sécurité des opérations électroniques. Elle a noté que l'UIT et la CNUDCI travaillaient en étroite collaboration à la formulation de normes juridiques portant sur ces questions et encouragé la poursuite des efforts en ce sens.

⁸⁴ Ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17), par. 114.

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

313. La Commission a rappelé que ce point figurait à son ordre du jour depuis la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007). Il a en outre été rappelé que la décision d'examiner ce point avait été prise sur la base de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, relative à l'état de droit aux niveaux national et international⁸⁵. Au paragraphe 3 de cette résolution et au paragraphe 7 de la résolution 63/128, du 11 décembre 2008, l'Assemblée invitait la Commission à lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait pour promouvoir l'état de droit. La Commission a rappelé qu'elle avait ensuite, comme cela lui avait été demandé, rendu compte à l'Assemblée dans les rapports annuels qu'elle lui avait présentés⁸⁶.

314. À sa quarante-troisième session, la Commission a pris note de la résolution 64/116 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2009, relative à l'état de droit aux niveaux national et international. Elle a noté en particulier qu'aux paragraphes 4 et 8, l'Assemblée appelait le système des Nations Unies à aborder systématiquement les aspects de l'état de droit relevant de ses activités et engageait le Secrétaire général et le système des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit. Elle a noté également qu'au paragraphe 9 de cette résolution l'Assemblée l'avait invitée, de même que la Cour internationale de Justice et la Commission du droit international, à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait pour promouvoir l'état de droit.

315. La Commission a également noté qu'au paragraphe 12 de cette même résolution, l'Assemblée générale avait décidé qu'à sa soixante-cinquième session, en 2010, le débat de la Sixième Commission sur le point de l'ordre du jour relatif à l'état de droit serait axé sur le sous-thème intitulé "Les lois et les pratiques des États Membres dans l'application du droit international", sans préjudice de l'examen de la question dans son ensemble. Elle a noté que la Sixième Commission était convenue que les observations relatives à ce sous-thème devraient porter notamment sur les lois et les pratiques dans l'application et l'interprétation du droit international à l'échelon national, le renforcement et l'amélioration de la coordination et de l'harmonisation de l'assistance technique et le renforcement des capacités dans ce domaine, les mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance, les moyens d'améliorer la cohérence entre les donateurs, et les perspectives des États bénéficiaires⁸⁷. Elle a décidé, en conséquence, qu'à sa session en cours les observations qu'elle ferait à l'Assemblée générale se concentreraient sur ce sous-thème et sur les questions retenues par la Sixième Commission, envisagées sous l'angle des travaux de la CNUDCI.

316. La Commission a tenu une table ronde sur ce sous-thème. Des déclarations liminaires ont été faites par la Vice-Secrétaire générale, qui s'est félicitée de la tenue de ce débat sur l'état de droit dans le commerce, soulignant l'intérêt que

⁸⁵ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part II, par. 111 à 113.

⁸⁶ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2)*, par. 386; et *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17)*, par. 415 à 419.

⁸⁷ Voir la note du Président de la Sixième Commission (A/C.6/63/L.23), par. 3.

celui-ci (et les travaux de la CNUDCI en général) présentait pour l'ensemble du programme que l'Organisation consacrait à l'état de droit. La Vice-Secrétaire générale a mentionné le rôle que la CNUDCI jouait dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, l'impact de ses travaux sur le développement économique et social, y compris la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement (OMD), et dans le contexte de la reconstruction après un conflit. Elle a également souligné que la CNUDCI avait pour mandat de coordonner les activités des organisations œuvrant dans le domaine du droit commercial international et d'encourager la coopération entre elles. Pour conclure, elle a formé l'espoir que les travaux de la CNUDCI soient mieux intégrés dans les programmes conjoints des Nations Unies consacrés à l'état de droit. Elle a vu dans la tenue de la table ronde un pas bienvenu dans cette direction. Elle a engagé, à cette fin, toutes les parties concernées à faire connaître les travaux de la CNUDCI dans l'ensemble du système des Nations Unies et à promouvoir une interaction régulière entre la Commission et les autres acteurs concernés. Elle a mis en avant, à cet égard, le rôle du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, qu'appuyait, au Cabinet du Secrétaire général, le Groupe de l'état de droit.

317. Une première série de débats, au cours de laquelle ont été présentés des exposés des représentants du Ghana, du Honduras et de la Slovénie, s'est concentrée sur le thème "Lois et pratiques des États dans l'application et l'interprétation des textes de la CNUDCI à l'échelon national. Points de vue des États bénéficiaires sur les travaux de la CNUDCI". Une seconde série de débats, au cours de laquelle ont été présentés des exposés du directeur du Groupe de l'état de droit du Secrétariat, du conseiller juridique de la Banque mondiale et du conseiller juridique adjoint de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), s'est concentrée sur les questions de la coordination et de l'harmonisation de l'assistance technique et du renforcement des capacités dans les domaines d'action de la CNUDCI, et sur les mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance.

318. Dans ses observations liminaires, le Directeur du Groupe de l'état de droit a présenté à la Commission le mandat du Groupe ainsi que celui du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit.

319. Pendant les deux séries de débats, des orateurs ont fait écho à l'appel du Secrétaire général en faveur d'une analyse approfondie et contextualisée des liens entre le droit et l'économie, ainsi que des effets de la crise économique sur la protection juridique, la justice et la sécurité pour les populations les plus vulnérables et marginalisées⁸⁸. On a mis en avant les liens positifs existant entre la promotion de la démocratie, la réforme du droit et le développement économique. On a également fait valoir que les lois et réglementations régissant la finance et le commerce n'étaient pas purement techniques, mais exprimaient des préférences politiques. Il fallait donc évaluer leur efficacité non pas de manière isolée, mais en tenant compte des objectifs plus larges d'une croissance durable, équitable et participative.

320. La Commission a également été informée du fait que, dans un discours prononcé au Conseil de sécurité le 29 juin 2010, la Secrétaire générale adjointe aux

⁸⁸ Voir A/64/298, par. 78.

affaires juridiques et Conseillère juridique avait appelé l'attention du Conseil sur les travaux de la CNUDCI et souligné le rôle positif que jouait un droit commercial efficace dans la lutte contre les causes profondes de nombreux problèmes mondiaux tels que les migrations dues à l'appauvrissement, les inégalités et les conflits internes, ou les inégalités d'accès aux ressources communes. Le Conseil avait été informé de ce que la CNUDCI tiendrait une table ronde pour analyser l'impact du droit commercial et des activités commerciales sur l'état de droit, débat qui avait été qualifié de rare au sein de l'Organisation des Nations Unies, où l'accent était généralement placé, dans ce contexte, sur les droits de l'homme, le droit pénal et le droit public international.

A. Lois et pratiques des États dans l'application et l'interprétation des textes de la CNUDCI à l'échelon national: points de vue des États bénéficiaires sur les travaux de la CNUDCI

321. Dans ses observations liminaires, la Vice-Secrétaire générale a noté que la CNUDCI, conformément à son mandat qui consiste à œuvrer dans l'intérêt de tous les peuples, en particulier de ceux des pays en développement, s'efforçait en permanence de trouver des moyens plus efficaces de fournir une assistance, de renforcer les capacités locales et de répondre aux besoins "sur le terrain". Elle a noté que la CNUDCI s'efforçait de promouvoir l'état de droit aux échelons tant national que transnational en établissant un cadre juridique commercial moderne; en aidant les États à appliquer ce cadre; et en les aidant à s'acquitter des obligations qui leur incombent au niveau international, sous l'égide d'autres organisations internationales et régionales. Elle a également fait remarquer que les travaux de la CNUDCI avaient des incidences moins visibles, mais tout aussi importantes, sur la lutte contre les tensions et problèmes économiques que créent, par exemple, la pauvreté et l'inégalité, ou les conflits liés à l'accès aux ressources communes. Elle a également mentionné le rôle que joue la CNUDCI dans la promotion de l'intégration régionale et internationale, qui permet d'empêcher que des différends transnationaux ne dégénèrent en conflits. L'accent a également été placé sur l'utilité que présentent les travaux de la CNUDCI dans les domaines de l'arbitrage et de la conciliation, de la passation de marchés publics, des projets d'infrastructure à financement privé et de la microfinance pour ce qui est de résoudre les problèmes de justice transitionnelle et de reconstruction après un conflit, notamment en ce qui concerne la création d'emplois pour les anciens combattants et les personnes déplacées.

322. La Commission a été informée du fait que le Secrétaire général avait déclaré que les activités dans le domaine de l'état de droit devaient être plus fermement ancrées dans le programme de développement de l'Organisation. L'importance cruciale de ce que faisait la CNUDCI pour favoriser le développement social et économique, notamment par la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, a été soulignée dans ce contexte, en particulier dans le cadre de l'objectif 8, qui porte notamment sur la mise en place d'un système commercial et financier ouvert, réglementé, prévisible et non discriminatoire. La contribution de la CNUDCI à d'autres objectifs du Millénaire, sous de nombreuses autres formes, directes ou indirectes, notamment par la création de cadres juridiques qui favorisaient la mobilisation de ressources, a été également soulignée.

323. D'autres orateurs se sont étendus sur les points ci-dessus en illustrant par des exemples concrets la manière dont la CNUDCI contribuait à la promotion de l'état de droit, non seulement dans leurs pays, mais également dans leurs régions ou sous-régions. Ils ont souligné que les différents instruments de la CNUDCI (conventions, lois types et guides législatifs) constituaient un ensemble de pratiques optimales reconnues dans le monde entier et réalisant un équilibre entre les intérêts des différentes parties prenantes. Les organisations travaillant en partenariat avec la CNUDCI dans le cadre de leurs activités ont indiqué que ses textes servaient de référence pour évaluer la nécessité de réformes juridiques dans les pays où elles intervenaient.

324. Dans le cadre de la promotion de la bonne gouvernance, des orateurs ont mentionné en particulier la Loi type sur la passation de marchés de 1994, qui abordait des questions telles que la lutte contre la corruption, la responsabilité et la transparence dans l'administration publique. S'agissant de la promotion de l'accès à la justice et de la culture de l'état de droit dans l'ensemble de la société, des orateurs ont fait référence aux instruments de la CNUDCI dans le domaine du règlement des litiges commerciaux. Le rôle des textes élaborés par la Commission en matière d'insolvabilité, en particulier en temps de crise économique, a également été mis en évidence, car ces textes permettaient de résoudre les difficultés financières en se fondant sur des règles et prévoyaient des mécanismes de sortie et la répartition des actifs. L'impact des textes de la CNUDCI (en particulier dans les domaines de la vente de marchandises et du commerce électronique) sur le développement économique et la modernisation des pratiques commerciales a aussi été souligné. On a également fait valoir que les travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine de la microfinance pourraient contribuer à la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement.

325. La Commission a été informée que, dans certains pays, les textes de la CNUDCI avaient facilité l'intégration régionale et que certains États les utilisaient dans leurs programmes bilatéraux d'assistance technique pour réformer le droit commercial, assurer la formation judiciaire et promouvoir la coopération judiciaire internationale.

326. Il a été indiqué que, dans certains États, les mécanismes d'élaboration des politiques, de suivi, de coordination et d'application touchant aux normes juridiques internationales n'avaient pas progressé au même rythme que le développement du commerce et de la finance au niveau international. Un autre orateur a fait état du décalage existant entre la qualité de ces normes juridiques internationales et celle de leur application dans certains États. Il a été dit que la législation sur les marchandises pouvait mettre à mal le potentiel économique si elle n'était pas appliquée ou dûment appliquée et que la confiance dans l'état de droit serait inévitablement compromise s'il existait un doute quant à l'application de la loi.

327. Dans ce contexte, les orateurs ont unanimement salué les efforts faits par la CNUDCI pour garantir l'application effective et l'interprétation uniforme des normes commerciales internationales au moyen d'une assistance technique visant à réformer le droit commercial. L'importance du Recueil de jurisprudence a également été soulignée. Les orateurs ont insisté sur la nécessité d'obtenir des ressources suffisantes pour poursuivre et développer les travaux de la CNUDCI dans ces domaines, qui étaient considérés comme vitaux pour les États dotés de capacités limitées en matière de droit commercial.

328. On s'est déclaré préoccupé par la faible représentation des pays en développement aux sessions de la CNUDCI. Il a été souligné que, pour répondre aux besoins de l'économie mondiale, il fallait assurer la participation active de ces pays. Un processus législatif participatif et ouvert était considéré comme capital pour l'élaboration d'une législation équilibrée et essentiel pour garantir que sa légitimité soit reconnue à l'échelle mondiale. La Commission et son secrétariat ont été priés de trouver les moyens d'améliorer l'ouverture vers les pays en développement, notamment par l'intermédiaire des organisations régionales et sous-régionales établies dans ces pays.

B. Coordination et cohérence de l'assistance technique et renforcement des capacités dans les domaines d'activité de la CNUDCI, et mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance

329. Dans ses remarques liminaires, la Vice-Secrétaire générale a mis en exergue les défis auxquels devait faire face l'Organisation des Nations Unies pour promouvoir l'état de droit, notamment: mieux répondre aux besoins des États Membres; donner aux parties prenantes nationales les moyens d'agir; mobiliser les connaissances et les ressources locales; et suivre et évaluer constamment l'impact des activités engagées. Elle a souligné que ces défis et l'éventail des questions relatives à l'état de droit ne pouvaient être abordés que collectivement, par l'ensemble du système des Nations Unies, en étroite coopération et coordination avec des acteurs extérieurs. Dans ce contexte, elle a mentionné le rôle particulier joué par la CNUDCI en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, doté du mandat spécifique de coordonner les activités des organisations intervenant dans ce domaine.

330. La coordination était considérée par certains orateurs comme essentielle pour assurer la cohérence et l'utilisation efficace des ressources limitées ainsi que pour mettre en commun et diffuser largement les connaissances et les meilleures pratiques. Il a été signalé que la coordination avec d'autres prestataires d'assistance était souvent l'un des critères utilisés pour évaluer l'efficacité de l'assistance technique et du renforcement des capacités.

331. On a souligné la nécessité d'adapter l'approche de la communauté internationale en matière d'état de droit à la lumière des enseignements tirés de la dernière crise économique. Il a notamment été dit à cet égard qu'il fallait garantir une réforme conduite par les pays et assurer la coordination au niveau national.

332. Il a été reconnu que la CNUDCI jouait un rôle louable à l'appui de la promotion de la coopération et de la coordination dans le domaine du droit commercial international. Toutefois, on a constaté que la Commission et son secrétariat se heurtaient à des difficultés d'ordre pratique dans leurs efforts tendant à assurer une meilleure coordination. À cet égard, le rôle potentiel de facilitation du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et du Groupe de l'état de droit a été souligné.

333. Le Directeur du Groupe de l'état de droit a informé la Commission des travaux que le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état

de droit menaient actuellement et envisageaient à l'avenir pour assurer la coordination et la cohérence des activités de l'Organisation des Nations Unies en matière d'état de droit. De l'avis du Groupe de l'état de droit, il était important de mieux intégrer les connaissances spécialisées de la CNUDCI dans les activités relatives à l'état de droit menées conjointement à l'échelle du système des Nations Unies. On a certes admis que l'engagement des Nations Unies s'inscrivait souvent dans un environnement instable où les préoccupations dominantes étaient la paix et la sécurité, mais on a aussi estimé qu'il était nécessaire de prendre d'autres mesures pour assurer ou promouvoir le développement économique et social à long terme. Le Groupe de l'état de droit apprécierait que la CNUDCI lui communique tout document de référence, tel que des résumés des enseignements dégagés et des bonnes pratiques recensées dans le cadre de ses activités de coopération et d'assistance techniques, ce qui permettrait au système des Nations Unies de mieux comprendre et de mieux intégrer les travaux de cette dernière dans les activités relatives à l'état de droit menées conjointement à l'échelle du système.

C. Décisions de la Commission

334. À l'issue de la table ronde, la Commission a réaffirmé sa conviction que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante des activités plus larges que l'Organisation des Nations Unies menait pour promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par le biais du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, lui-même appuyé par le Groupe de l'état de droit. La Commission se réjouissait à la perspective de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités menées par l'Organisation en faveur de l'état de droit.

335. La Commission a considéré qu'il était essentiel de maintenir un dialogue régulier avec le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit par l'intermédiaire du Groupe de l'état de droit et de se tenir au courant des progrès réalisés en ce qui concernait l'intégration des travaux de la CNUDCI dans les activités relatives à l'état de droit menées conjointement à l'échelle du système. À cette fin, elle a prié le Secrétariat d'organiser des réunions d'information avec le Groupe de l'état de droit tous les deux ans, lorsque ses sessions se tiendraient à New York.

336. La Commission a prié le secrétariat d'entreprendre des enquêtes et des études sur l'impact des normes et des activités de la CNUDCI concernant l'état de droit et le développement, en coopération avec la Banque mondiale et d'autres organisations partenaires qui disposeraient des capacités de recherche voulues dans ces domaines. Elle a également prié le secrétariat de faire le point de son expérience de l'exécution du programme de coopération et d'assistance techniques mené au nom de la Commission, afin de recenser les enseignements dégagés, les meilleures pratiques et les principaux problèmes rencontrés, et de proposer des moyens de promouvoir la coopération et l'assistance techniques et le renforcement des capacités dans le domaine du droit commercial, ainsi que des mécanismes pour évaluer leur efficacité. Elle a également prié le secrétariat d'envisager des moyens de mieux intégrer ses activités de coopération et d'assistance techniques dans les activités menées sur le terrain par l'Organisation des Nations Unies, en particulier par

l'intermédiaire du Programme des Nations Unies pour le développement ou d'autres bureaux de pays de l'Organisation.

XVIII. Concours d'arbitrage commercial international

A. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2010

337. Il a été noté que l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait organisé le dix-septième Concours. La phase des plaidoiries s'était déroulée à Vienne du 26 mars au 1^{er} avril 2010. Comme les précédentes années, le Concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours avaient porté sur la Convention des Nations Unies sur les ventes. Au total, 252 équipes représentant des facultés de droit de 62 pays avaient participé au Concours. L'équipe qui avait le mieux plaidé avait été celle du King's College de Londres. Les plaidoiries du dix-huitième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendraient à Vienne du 15 au 21 avril 2011.

338. Il a également été noté que le septième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est) avait été organisé par la Section pour l'Asie de l'Est du Chartered Institute of Arbitrators et coparrainé par la Commission. La phase finale avait eu lieu dans la Région administrative spéciale de Hong Kong, du 15 au 21 mars 2010. Un total de 75 équipes représentant 18 pays y avaient participé. L'équipe qui avait le mieux plaidé avait été celle de l'Université de Fribourg (Allemagne). Le huitième Concours (Est) aurait lieu dans la Région administrative spéciale de Hong Kong du 4 au 10 avril 2011.

B. Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2010

339. Il a été noté que l'Université Carlos III de Madrid avait organisé du 28 juin au 2 juillet 2010 le deuxième Concours d'arbitrage commercial international de Madrid, également avec le coparrainage de la Commission. Les questions juridiques soumises aux participants au Concours avaient porté sur la Loi type sur l'arbitrage commercial international, telle que modifiée en 2006, la Convention des Nations Unies sur les ventes, la Convention de New York, la Loi type d'UNIDROIT sur le leasing⁸⁹ et la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)⁹⁰. Au total, 18 équipes de facultés de droit ou de programmes de maîtrise de sept pays avaient participé au Concours de Madrid, en langue espagnole. L'équipe qui avait le mieux plaidé avait été celle de l'Université de Saragosse (Espagne). Le troisième Concours de Madrid aurait lieu en 2011 à des dates qui seraient confirmées ultérieurement. Il a également été noté que le Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) avait organisé un concours le

⁸⁹ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse <http://www.unidroit.org/french/documents/2008/etude59a/s-59a-17-f.pdf>.

⁹⁰ Disponible à la date du présent rapport à l'adresse <http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/1988leasing-f.htm>.

12 juin 2010 à Asunción. Les questions juridiques y étaient similaires à celles du Concours de Madrid. Des équipes de facultés de droit de trois pays (Argentine, Colombie et Paraguay) y avaient participé. L'équipe qui avait le mieux plaidé avait été celle de l'Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción".

XIX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

340. La Commission a pris note avec satisfaction de deux résolutions relatives à ses travaux, que l'Assemblée générale avait adoptées à sa soixante-quatrième session sur recommandation de la Sixième Commission: la résolution 64/111 concernant le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-deuxième session et la résolution 64/112 concernant le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, toutes deux en date du 16 décembre 2009.

341. La Commission a noté que, dans sa résolution 64/111, l'Assemblée générale, notamment:

a) L'avait félicitée d'avoir achevé son projet dans le domaine du droit de l'insolvabilité et s'était réjouie qu'elle ait entrepris un examen général de ses méthodes de travail, continué d'examiner le rôle qu'elle jouait dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international et accompli des progrès dans d'autres domaines, comme la passation des marchés publics et l'arbitrage mais aussi en ce qui concerne la publication de recueils analytiques de jurisprudence et la tenue de son site Web;

b) Avait pris note avec satisfaction des décisions de la Commission i) de tenir des colloques sur le commerce électronique et les sûretés, ii) de publier divers textes qu'elle et son secrétariat avaient établis sur le thème des sûretés, et iii) de recommander l'utilisation de la révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires dans les opérations impliquant l'établissement d'un crédit documentaire;

c) Avait approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission en vue de mettre en œuvre ses programmes d'assistance technique, de coordination et de coopération et, à cet égard, i) avait de nouveau demandé aux organisations concernées de continuer à coordonner leurs activités avec celles de la Commission et à coopérer avec elle; ii) avait encouragé la Commission à explorer les différentes manières de mettre à profit les partenariats avec des acteurs non étatiques; iii) avait lancé un appel à contributions aux fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI; iv) avait noté que la Commission avait demandé au Secrétariat d'étudier la possibilité d'établir une présence de la CNUDCI dans les régions ou dans certains pays en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique visant l'utilisation et l'adoption de ses textes; et v) avait pris note des observations formulées par la Commission dans le cadre de son examen du projet de plan stratégique pour la période 2010-2011, selon lesquelles des ressources supplémentaires devraient être allouées au Secrétariat, en particulier pour répondre à la demande accrue d'assistance technique;

d) Avait prié le Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'*Annuaire* de la CNUDCI à temps, de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission consacrait à l'élaboration de textes

normatifs et de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agissait d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages.

342. La Commission a noté que, dans sa résolution 64/112, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général de publier, sous forme électronique notamment, le texte du Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux services compétents de leurs autorités, afin qu'il devienne largement connu et accessible. Elle a également noté que l'Assemblée avait recommandé que le Guide pratique soit dûment pris en considération, selon qu'il convenait, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les parties engagés dans une procédure d'insolvabilité internationale et que tous les États continuent d'envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

XX. Questions diverses

A. Programme de stages

343. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages au secrétariat de la Commission. En particulier, il a été noté que depuis le rapport oral du Secrétariat présenté à la Commission à sa quarante-deuxième session, en juillet 2009, 26 nouveaux stagiaires avaient effectué un stage au secrétariat.

344. La Commission a noté qu'en choisissant des stagiaires sur le fichier administré et tenu à jour par l'Office des Nations Unies à Vienne, le Secrétariat gardait constamment présent à l'esprit les besoins de la CNUDCI et de son secrétariat, en particulier la nécessité de tenir le site Web de la Commission dans les six langues officielles de l'ONU. À cet égard, la Commission a noté avec regret que pendant la période considérée seuls quelques candidats de pays arabophones et de la Chine avaient été proposés sur le fichier de stagiaires de l'ONUV. Elle a en outre noté que, lorsqu'une liste suffisamment étoffée de candidats qualifiés était disponible, le Secrétariat s'employait à assurer une représentation équilibrée de femmes et d'hommes et de stagiaires venant de diverses régions géographiques, en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement et des pays à économie en transition. Pendant la période considérée, le secrétariat avait pu sélectionner 10 stagiaires de sexe féminin et 12 stagiaires venant de pays en développement et de pays à économie en transition.

B. Cadre stratégique pour l'exercice biennal 2012-2013

345. La Commission était saisie du projet de cadre stratégique pour la période 2012-2013 (A/65/6 (Prog. 6)) et était invitée à examiner le projet de plan-programme biennal du sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international) du programme 6 (Affaires juridiques). Elle a noté que le cadre proposé avait été examiné par le Comité du programme et de la coordination à sa cinquantième session (7 juin-2 juillet 2010) et qu'il serait transmis à l'Assemblée générale à sa soixante-cinquième session.

346. On s'est inquiété de ce que les ressources allouées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 étaient insuffisantes pour lui permettre de répondre aux demandes accrues et pressantes des pays en développement et des pays en transition visant à obtenir une assistance technique pour procéder à une réforme dans le domaine du droit commercial. La Commission a instamment prié le Secrétaire général de prendre des mesures pour faire en sorte que le montant relativement modique des ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit rapidement dégagé.

347. La Commission a été informée que le Secrétariat étudiait divers moyens de répondre au besoin croissant de parvenir à une interprétation uniforme des textes de la CNUDCI. Cette interprétation uniforme était jugée indispensable pour assurer la mise en œuvre effective de ces textes. Il a été noté que certains instruments émanant des travaux de la CNUDCI spécifiaient expressément que dans leur interprétation il fallait tenir compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité dans leur application et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. La poursuite des travaux du Secrétariat concernant le Recueil de jurisprudence, lequel offrait un moyen de se conformer à cette exigence, a été jugée indispensable. Il a été pris note des préoccupations exprimées au sujet de l'insuffisance des ressources dont disposait le Secrétariat pour poursuivre et développer ces travaux. Il a été dit que la création de partenariats avec des institutions intéressées et la recherche de divers moyens autres que des ressources supplémentaires au titre du budget ordinaire pourraient être envisagés pour répondre à ces préoccupations. La Commission a également pris note de l'intérêt qu'il y aurait à créer au sein de son secrétariat un troisième pilier axé sur la promotion des moyens d'encourager l'interprétation uniforme de ses textes.

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

348. Il a été rappelé que, comme il avait été indiqué à la Commission à sa quarantième session, en 2007⁹¹, la facilitation des travaux de la CNUDCI figurait dans le budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009 parmi les "réalisations escomptées du Secrétariat", l'indicateur de succès correspondant étant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis, mesuré sur une échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)⁹². La Commission était convenue de faire part de son appréciation au Secrétariat. On a rappelé qu'une question similaire concernant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis par le Secrétariat avait été posée à la fin de la quarante-deuxième session de la Commission⁹³. Il a été en outre rappelé qu'à cette même session les 15 délégations qui avaient répondu avaient donné une note moyenne de 4,66.

349. On s'est félicité des efforts déployés par le Secrétariat dans divers domaines touchant les travaux de la CNUDCI, y compris pour ce qui était d'apporter une aide

⁹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17), Part I, par. 243.*

⁹² A/62/6 (Sect. 8), tableau 8.19 d).

⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17), par. 434.*

à divers partenaires pour mettre en œuvre des projets visant à diffuser des informations sur les textes de la Commission, notamment à travers l'organisation de concours internationaux d'arbitrage commercial. On a pris note avec satisfaction de la qualité généralement excellente du travail fourni à la CNUDCI par son secrétariat.

XXI. Date et lieu des réunions futures

A. Quarante-quatrième session de la Commission

350. La Commission a approuvé la tenue de sa quarante-quatrième session à Vienne, du 27 juin au 15 juillet 2011. Le Secrétariat a été prié d'envisager de réduire la durée de la session d'une semaine si la charge de travail attendue le justifiait.

B. Sessions des groupes de travail

351. 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 alloués 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 changement⁹⁴.

1. Sessions des groupes de travail avant la quarante-quatrième session de la Commission

352. La Commission a approuvé le calendrier provisoire suivant pour les réunions de ses groupes de travail:

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dix-neuvième session à Vienne du 1^{er} au 5 novembre 2010 et sa vingtième session à New York du 11 au 15 avril 2011;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-troisième session à Vienne du 4 au 8 octobre 2010 et sa cinquante-quatrième session à New York du 7 au 11 février 2011;

c) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 11 au 15 octobre 2010 et sa vingt-troisième session à New York du 14 au 18 mars 2011;

d) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-neuvième session à Vienne du 6 au 10 décembre 2010 et sa quarantième session à New York du 16 au 20 mai 2011;

⁹⁴ Ibid., cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17), par. 275.

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 8 au 12 novembre 2010 et sa dix-neuvième session à New York du 14 au 18 février 2011.

353. La Commission a autorisé le Secrétariat à modifier le calendrier des réunions des groupes de travail en fonction de leurs besoins et de la nécessité de tenir un colloque sur le commerce électronique (voir par. 250 ci-dessus) et un autre sur la microfinance (voir par. 280 ci-dessus). Elle a prié le Secrétariat de publier sur le site Web de la CNUDCI le calendrier définitif des réunions des groupes de travail dès que les dates des réunions auraient été confirmées.

Temps supplémentaire

354. Il était prévu provisoirement d'organiser une session à New York, du 23 au 27 mai 2011. Ce temps pourrait être utilisé en cas de nécessité pour une session de l'un des groupes de travail ou pour organiser un colloque, en fonction des besoins des groupes de travail et après consultation des États.

2. Sessions des groupes de travail en 2011 après la quarante-quatrième session de la Commission

355. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les réunions que ses groupes de travail tiendraient en 2011 après sa quarante-quatrième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa vingt et unième session à Vienne du 17 au 21 octobre 2011;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-cinquième session à Vienne du 5 au 9 septembre 2011;

c) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-quatrième session à Vienne du 12 au 16 décembre 2011;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-cinquième session à Vienne du 10 au 14 octobre 2011;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa quarante et unième session à Vienne du 31 octobre au 4 novembre 2011;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa vingtième session à Vienne du 12 au 16 septembre 2011.

Annexe I

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

(version révisée en 2010)

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application*

Article premier

1. Si des parties sont convenues que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles.

2. Les parties à une convention d'arbitrage conclue après le 15 août 2010 sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date.

3. Le présent Règlement régit l'arbitrage. Toutefois, en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, cette dernière prévaut.

Notification et calcul des délais

Article 2

1. Une notification, y compris une communication ou une proposition, peut être transmise par tout moyen de communication qui atteste ou permet d'attester sa transmission.

2. Si une adresse a été désignée par une partie spécialement à cette fin ou a été autorisée par le tribunal arbitral, toute notification est remise à cette partie à ladite adresse, auquel cas elle est réputée avoir été reçue. Une notification ne peut être remise par des moyens électroniques, comme la télécopie ou le courrier électronique, qu'à une adresse ainsi désignée ou autorisée.

3. À défaut d'une telle désignation ou autorisation, une notification est:

- a) Reçue si elle a été remise en mains propres du destinataire; ou
- b) Réputée avoir été reçue si elle a été remise à l'établissement, à la résidence habituelle ou à l'adresse postale du destinataire.

4. Si, après des diligences raisonnables, une notification ne peut être remise conformément au paragraphe 2 ou 3, elle est réputée avoir été reçue si elle a été

* Une clause compromissoire type pour les contrats est annexée au Règlement.

envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen qui atteste la remise ou la tentative de remise.

5. Une notification est réputée avoir été reçue le jour de sa remise conformément au paragraphe 2, 3 ou 4, ou de la tentative de sa remise conformément au paragraphe 4. Une notification transmise par des moyens électroniques est réputée avoir été reçue le jour de son envoi. Toutefois, une notification d'arbitrage ainsi transmise n'est réputée avoir été reçue que le jour où elle parvient à l'adresse électronique du destinataire.

6. Tout délai prévu dans le présent Règlement court à compter du lendemain du jour où une notification est reçue. Si le dernier jour du délai est férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

Notification d'arbitrage

Article 3

1. La partie ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommées "le demandeur") communiquent à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommées "le défendeur") une notification d'arbitrage.

2. La procédure arbitrale est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:

- a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;
- b) Les noms et coordonnées des parties;
- c) La désignation de la convention d'arbitrage invoquée;
- d) La désignation de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation considérée;
- e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;
- f) L'objet de la demande;
- g) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

- a) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1;
- b) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1;
- c) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10.

5. Un différend relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral.

Réponse à la notification d'arbitrage

Article 4

1. Dans les trente jours de la réception de la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse, qui doit contenir les indications suivantes:

- a) Le nom et les coordonnées de chaque défendeur;
- b) Une réponse aux indications figurant dans la notification d'arbitrage conformément à l'article 3, paragraphe 3 c) à g).

2. La réponse à la notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

- a) Toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral devant être constitué en vertu du présent Règlement;
- b) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1;
- c) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1;
- d) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10;
- e) Une brève description de la demande reconventionnelle ou de la demande en compensation éventuellement formée, y compris, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle elle porte, et l'objet de cette demande;
- f) Une notification d'arbitrage conformément à l'article 3 lorsque le défendeur formule un chef de demande contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur.

3. Un différend concernant l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou une réponse incomplète ou tardive à celle-ci n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral.

Représentation et assistance

Article 5

Chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes de son choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués à toutes les parties et au tribunal arbitral. Cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance. À tout moment, le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, requérir, sous la forme qu'il détermine, la preuve des pouvoirs conférés au représentant d'une partie.

Autorités de désignation et de nomination

Article 6

1. À moins que les parties n'aient déjà choisi une autorité de nomination d'un commun accord, l'une d'elles peut à tout moment proposer le nom d'une ou de plusieurs institutions ou personnes, y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (ci-après la "CPA"), susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.

2. Si, dans les trente jours après que la proposition d'une partie visée au paragraphe 1 a été reçue par toutes les autres parties, aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord entre toutes les parties, l'une d'elles peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité.

3. Lorsque le présent Règlement fixe un délai dans lequel une partie doit soumettre une question à une autorité de nomination et qu'aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ce délai est suspendu à partir de la date à laquelle une partie engage la procédure de choix ou de désignation d'une telle autorité jusqu'à la date de ce choix ou de cette désignation.

4. Sous réserve de l'article 41, paragraphe 4, si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent Règlement ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer.

5. Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions en vertu du présent Règlement, l'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA peuvent demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'ils jugent nécessaires et donnent aux parties et, s'il y a lieu, aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues de la manière qu'ils jugent appropriée. Toutes les communications à cette fin qui émanent de l'autorité de nomination et du Secrétaire général de la CPA ou qui leur sont destinées sont également adressées, par leur expéditeur, à toutes les autres parties.

6. Lorsqu'une partie demande à l'autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 8, 9, 10 ou 14, elle lui envoie copie de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.

7. L'autorité de nomination a égard aux considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres

Article 7

1. Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres et si, dans les trente jours de la réception par le défendeur de la notification

d'arbitrage, elles ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.

2. Nonobstant le paragraphe 1, si aucune des autres parties n'a répondu à la proposition d'une partie tendant à nommer un arbitre unique dans le délai prévu au paragraphe 1 et si la partie ou les parties concernées n'ont pas nommé de deuxième arbitre en application de l'article 9 ou de l'article 10, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, nommer un arbitre unique selon la procédure prévue à l'article 8, paragraphe 2, si elle le juge plus approprié compte tenu des circonstances de l'espèce.

Nomination des arbitres (articles 8 à 10)

Article 8

1. Si les parties sont convenues qu'il doit être nommé un arbitre unique et si dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition tendant à nommer un arbitre unique, les parties ne se sont pas entendues à ce sujet, un arbitre unique est nommé par l'autorité de nomination à la demande de l'une d'entre elles.

2. L'autorité de nomination nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle procède à cette nomination en utilisant le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les parties ne s'entendent pour écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination ne décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'utilisation du système des listes conformément à cette procédure ne convient pas dans le cas considéré:

a) L'autorité de nomination communique à chacune des parties une liste identique comprenant au moins trois noms;

b) Dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie peut la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restants dans l'ordre de ses préférences;

c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;

d) Si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

Article 9

1. S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral.

2. Si, dans les trente jours de la réception de la notification du nom de l'arbitre désigné par une partie, l'autre partie ne lui a pas notifié le nom de l'arbitre qu'elle a désigné, la première partie peut demander à l'autorité de nomination de nommer le deuxième arbitre.

3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par l'autorité de nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 8 pour la nomination de l'arbitre unique.

Article 10

1. Aux fins de l'article 9, paragraphe 1, lorsqu'il doit être nommé trois arbitres et qu'il y a pluralité de demandeurs ou de défendeurs, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre méthode de nomination des arbitres, les demandeurs conjointement et les défendeurs conjointement nomment un arbitre.

2. Si les parties sont convenues que le tribunal arbitral sera composé d'un nombre d'arbitres autre qu'un ou trois, les arbitres sont nommés selon la méthode dont elles conviennent.

3. À défaut de constitution du tribunal arbitral conformément au présent Règlement, l'autorité de nomination constitue, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral et, ce faisant, peut révoquer tout arbitre déjà nommé et nommer ou renommer chacun des arbitres et désigner l'un d'eux arbitre-président.

Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (articles 11 à 13)**

Article 11

Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait.

Article 12

1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance.

2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

3. En cas de carence d'un arbitre ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, la procédure de récusation prévue à l'article 13 s'applique.

Article 13

1. Une partie qui souhaite récuser un arbitre notifie sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 11 et 12.

** Des déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 sont annexées au Règlement.

2. La notification de la récusation est communiquée à toutes les autres parties, à l'arbitre récusé et aux autres arbitres. Elle expose les motifs de la récusation.

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, toutes les parties peuvent accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas la reconnaissance des motifs de la récusation.

4. Si, dans les quinze jours à compter de la date de la notification de la récusation, toutes les parties n'acceptent pas la récusation ou l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut décider de poursuivre la récusation. En ce cas, dans les trente jours à compter de la date de ladite notification, elle prie l'autorité de nomination de prendre une décision sur la récusation.

Remplacement d'un arbitre

Article 14

1. Sous réserve du paragraphe 2, en cas de nécessité de remplacer un arbitre pendant la procédure arbitrale, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 8 à 11 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé. Cette procédure s'applique même si une partie n'avait pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre devant être remplacé.

2. Si, à la demande d'une partie, l'autorité de nomination estime qu'il serait justifié, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce, de priver une partie du droit de nommer un remplaçant, elle peut, après avoir donné aux parties et aux arbitres restants la possibilité d'exprimer leurs vues: a) nommer le remplaçant; ou b) après la clôture des débats, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence.

Réouverture des débats en cas de remplacement d'un arbitre

Article 15

En cas de remplacement d'un arbitre, la procédure reprend au stade où l'arbitre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, sauf si le tribunal arbitral en décide autrement.

Exonération de responsabilité

Article 16

Sauf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, à toute action contre les arbitres, l'autorité de nomination et toute personne nommée par le tribunal arbitral pour un acte ou une omission en rapport avec l'arbitrage.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales

Article 17

1. Sous réserve des dispositions du présent Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chacune d'elles ait une possibilité adéquate de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties.

2. Dès que possible après sa constitution et après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, le tribunal arbitral établit le calendrier prévisionnel de l'arbitrage. Il peut, à tout moment, après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, proroger ou abrégé tout délai qui est prescrit par le présent Règlement ou dont elles sont convenues.

3. Si, à un stade approprié de la procédure, une partie en fait la demande, le tribunal arbitral organise des audiences pour la production de preuves par témoins, y compris par des experts agissant en qualité de témoins, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, il décide s'il convient d'organiser de telles audiences ou si la procédure se déroulera sur pièces.

4. Lorsqu'une partie adresse une communication au tribunal arbitral, elle l'adresse à toutes les autres parties. Elle l'adresse en même temps, à moins que le tribunal arbitral n'autorise le contraire si la loi applicable le lui permet.

5. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage, à condition que ceux-ci soient parties à la convention d'arbitrage, sauf s'il constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris à ce ou ces tiers, la possibilité d'être entendus, que la jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties. Le tribunal arbitral peut rendre une sentence unique ou plusieurs sentences à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage.

Lieu de l'arbitrage

Article 18

1. S'il n'a pas été préalablement convenu par les parties, le lieu de l'arbitrage est fixé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié pour ses délibérations. Sauf convention contraire des parties, il peut aussi se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié à d'autres fins, y compris pour des audiences.

Langue

Article 19

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe, rapidement après sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique au mémoire en demande, au mémoire en défense et à tout autre exposé écrit et, en cas d'audience, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette audience.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes au mémoire en demande ou au mémoire en défense et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal.

Mémoire en demande

Article 20

1. Le demandeur communique son mémoire en demande par écrit au défendeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa notification d'arbitrage visée à l'article 3 comme un mémoire en demande, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2 à 4 du présent article.

2. Le mémoire en demande comporte les indications ci-après:

- a) Les noms et coordonnées des parties;
- b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la demande;
- c) Les points litigieux;
- d) L'objet de la demande;
- e) Les moyens ou arguments de droit invoqués à l'appui de la demande.

3. Une copie de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et de la convention d'arbitrage est jointe au mémoire en demande.

4. Le mémoire en demande devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.

Mémoire en défense

Article 21

1. Le défendeur communique son mémoire en défense par écrit au demandeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage visée à l'article 4 comme un mémoire en défense, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article.

2. Le mémoire en défense répond aux alinéas b) à e) du mémoire en demande (art. 20, par. 2). Il devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.

3. Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître.

4. Les dispositions de l'article 20, paragraphes 2 à 4, s'appliquent à une demande reconventionnelle, à un chef de demande formulé conformément à l'article 4, paragraphe 2 f), et à une demande en compensation.

Modification des chefs de demande ou des moyens de défense

Article 22

Au cours de la procédure arbitrale, une partie peut modifier ou compléter ses chefs de demande ou ses moyens de défense, y compris une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement ou complément en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait aux autres parties ou de toute autre circonstance. Elle ne peut cependant modifier ou compléter les chefs de demande ou les moyens de défense, non plus que la demande reconventionnelle ou la demande en compensation, au point qu'ils sortent du champ de compétence du tribunal arbitral.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Article 23

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral est soulevée au plus tard dans le mémoire en défense ou, en cas de demande reconventionnelle ou de demande en compensation, dans la réplique. Le fait pour une partie d'avoir nommé un arbitre ou d'avoir participé à sa nomination ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 soit en la traitant comme une question préalable, soit dans une sentence sur le fond. Il peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute action pendante devant une juridiction étatique visant à contester sa compétence.

Autres pièces écrites

Article 24

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre le mémoire en demande et le mémoire en défense, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

Délais

Article 25

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des pièces écrites (y compris le mémoire en demande et le mémoire en défense) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est justifiée.

Mesures provisoires

Article 26

1. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.

2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie par exemple, mais non exclusivement:

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, i) un préjudice immédiat ou imminent ou ii) 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 litige.

3. La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas a) à 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 du litige. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 ne s'appliquent que si le tribunal arbitral le juge approprié.

5. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu'il a accordée, à la demande d'une partie ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

6. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

7. Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire a été demandée ou accordée.

8. La partie qui demande une mesure provisoire peut être responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une partie quelconque si le tribunal arbitral décide par la suite que, dans les circonstances prévalant alors, 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. Une demande de mesures provisoires adressée par une partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

Preuves

Article 27

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense.

2. Toute personne peut être présentée par les parties comme témoin, y compris comme expert agissant en qualité de témoin, afin de déposer devant le tribunal arbitral sur toute question de fait ou d'expertise, même si elle est partie à l'arbitrage ou a un lien quelconque avec une partie. Sauf décision contraire du tribunal arbitral, les déclarations des témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins, peuvent prendre la forme d'un écrit qu'ils signent.

3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.

4. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de la force des preuves présentées.

Audiences

Article 28

1. Lorsqu'une audience doit avoir lieu, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de l'audience.

2. Les témoins, y compris les experts agissant en qualité de témoins, peuvent être entendus selon les conditions et interrogés de la manière fixées par le tribunal arbitral.

3. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu'un ou plusieurs témoins, y compris des

experts agissant en qualité de témoins, se retirent pendant la déposition des autres témoins. Toutefois, un témoin, y compris un expert agissant en qualité de témoin, qui est partie à l'arbitrage n'est pas, en principe, prié de se retirer.

4. Le tribunal arbitral peut décider que les témoins, y compris les experts agissant en qualité de témoins, seront interrogés par des moyens de télécommunication qui n'exigent pas leur présence physique à l'audience (tels que la visioconférence).

Experts nommés par le tribunal arbitral

Article 29

1. Après consultation des parties, le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts indépendants chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, est communiquée aux parties.

2. L'expert soumet au tribunal arbitral et aux parties, en principe avant d'accepter sa nomination, une description de ses titres et une déclaration indiquant qu'il est impartial et indépendant. Dans le délai prescrit par le tribunal arbitral, les parties font savoir à ce dernier si elles ont des objections quant aux titres, à l'impartialité ou à l'indépendance de l'expert. Le tribunal arbitral décide promptement s'il accepte ou non leurs objections. Après la nomination d'un expert, une partie ne peut formuler d'objections concernant les titres, l'impartialité ou l'indépendance de celui-ci que pour des motifs dont elle a eu connaissance après la nomination. Le tribunal arbitral décide rapidement des mesures à prendre, le cas échéant.

3. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.

4. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.

5. À la demande d'une partie, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, une partie peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 28 sont applicables à cette procédure.

Défaut

Article 30

1. Si, dans le délai fixé par le présent Règlement ou par le tribunal arbitral, sans invoquer d'empêchement légitime:

a) Le demandeur n'a pas communiqué son mémoire en demande, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale, sauf s'il subsiste des questions

sur lesquelles il peut être nécessaire de statuer et si le tribunal juge approprié de le faire;

b) Le défendeur n'a pas communiqué sa réponse à la notification d'arbitrage ou son mémoire en défense, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure, sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur. Les dispositions du présent alinéa s'appliquent également lorsque le demandeur n'a pas présenté de réplique à une demande reconventionnelle ou à une demande en compensation.

2. Si une partie, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparaît pas à une audience sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.

3. Si une partie, régulièrement invitée par le tribunal arbitral à produire des preuves complémentaires, ne les présente pas dans les délais fixés sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Clôture des débats

Article 31

1. Le tribunal arbitral peut demander aux parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, faute desquels il peut déclarer la clôture des débats.

2. Le tribunal arbitral peut, s'il l'estime nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles, décider, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, la réouverture des débats à tout moment avant le prononcé de la sentence.

Renonciation au droit de faire objection

Article 32

Une partie qui ne formule pas promptement d'objection au non-respect du présent Règlement ou d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection à moins qu'elle ne puisse montrer qu'en l'espèce, l'absence d'objection de sa part était justifiée.

Section IV. La sentence

Décisions

Article 33

1. En cas de pluralité d'arbitres, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité.

2. En ce qui concerne les questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal.

Forme et effet de la sentence

Article 34

1. Le tribunal arbitral peut rendre des sentences séparées sur différentes questions à des moments différents.
2. Toutes les sentences sont rendues par écrit. Elles sont définitives et s'imposent aux parties. Les parties exécutent sans délai toutes les sentences.
3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.
4. La sentence est signée par les arbitres, porte mention de la date à laquelle elle a été rendue et indique le lieu de l'arbitrage. En cas de pluralité d'arbitres et lorsque la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.
5. La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente.
6. Une copie de la sentence signée par les arbitres est communiquée par le tribunal arbitral aux parties.

Loi applicable, amiable compositeur

Article 35

1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée.
2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'amiable compositeur ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties.
3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération.

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

Article 36

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les parties lui en font la demande et s'il l'accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée.
2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Il est autorisé à rendre cette ordonnance sauf s'il subsiste des questions sur lesquelles il peut être nécessaire de statuer et si le tribunal juge approprié de le faire.

3. Le tribunal arbitral communique aux parties une copie de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d'accord parties, signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 34 s'appliquent aux sentences arbitrales rendues d'accord parties.

Interprétation de la sentence

Article 37

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. Elle fait partie intégrante de la sentence et les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 lui sont applicables.

Rectification de la sentence

Article 38

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur ou omission de même nature. S'il considère que la demande est justifiée, il fait la rectification dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande.

2. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence, faire ces rectifications de sa propre initiative.

3. Ces rectifications sont faites par écrit et font partie intégrante de la sentence. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 s'y appliquent.

Sentence additionnelle

Article 39

1. Dans les trente jours de la réception de l'ordonnance de clôture ou de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence ou une sentence additionnelle sur des chefs de demande qui ont été exposés au cours de la procédure arbitrale mais sur lesquels il n'a pas statué.

2. Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il rend une sentence ou complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande. Il peut prolonger, si nécessaire, le délai dont il dispose pour rendre la sentence.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 s'appliquent à la sentence ou à la sentence additionnelle.

Définition des frais

Article 40

1. Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans la sentence définitive et, s'il le juge approprié, dans toute autre décision.
2. Les "frais" comprennent uniquement:
 - a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 41;
 - b) Les frais de déplacement et autres dépenses raisonnables faites par les arbitres;
 - c) Les frais raisonnables exposés pour toute expertise et pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;
 - d) Les frais de déplacement et autres dépenses raisonnables des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;
 - e) Les frais de représentation et autres frais exposés par les parties en rapport avec l'arbitrage dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;
 - f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais et honoraires du Secrétaire général de la CPA.
3. Lorsqu'il lui est demandé d'interpréter, de rectifier ou de compléter une sentence conformément aux articles 37 à 39, le tribunal arbitral peut percevoir les frais mentionnés aux alinéas b) à f) du paragraphe 2, mais ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires.

Honoraires et dépenses des arbitres

Article 41

1. Le montant des honoraires et des dépenses des arbitres doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.
2. S'il existe une autorité de nomination et si cette autorité applique ou déclare qu'elle appliquera un barème ou une méthode particulière pour déterminer les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème ou de cette méthode dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.
3. Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral informe les parties de la façon dont il propose de déterminer ses honoraires et ses dépenses, y compris les taux qu'il entend appliquer. Dans les quinze jours de la réception de cette proposition, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de cette demande d'examen, l'autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral est non conforme au paragraphe 1, elle y apporte les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal.

4. a) Lorsqu'il informe les parties des honoraires et des dépenses des arbitres qui ont été fixés en application de l'article 40, paragraphe 2 a) et b), le tribunal arbitral explique également la manière dont les montants correspondants ont été calculés;

b) Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou si l'autorité de nomination n'agit pas dans le délai prévu par le présent Règlement, le Secrétaire général de la CPA procède à cet examen;

c) Si l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA estime que la note d'honoraires et de dépenses est non conforme à la proposition du tribunal arbitral (et à toute modification qui y a été apportée le cas échéant) visée au paragraphe 3 ou est manifestement excessive, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA y apporte, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande d'examen, les modifications nécessaires de sorte qu'elle satisfasse aux critères du paragraphe 1. Ces modifications s'imposent au tribunal arbitral;

d) Ces modifications sont soit incluses par le tribunal dans sa sentence soit, si la sentence a déjà été rendue, mises en œuvre par voie de rectification de la sentence, à laquelle s'applique la procédure prévue à l'article 38, paragraphe 3.

5. Tout au long de la procédure visée aux paragraphes 3 et 4, le tribunal arbitral poursuit l'arbitrage, conformément au paragraphe 1 de l'article 17.

6. La demande d'examen visée au paragraphe 4 est sans incidence sur les décisions contenues dans la sentence, à l'exception de celles qui concernent les honoraires et dépenses du tribunal arbitral. Elle ne retarde pas non plus la reconnaissance et l'exécution de toutes les parties de la sentence, à l'exception de celles qui concernent les honoraires et dépenses du tribunal arbitral.

Répartition des frais

Article 42

1. Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. Le tribunal arbitral détermine dans la sentence définitive ou, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence, le montant qu'une partie peut avoir à payer à une autre partie en conséquence de la décision relative à la répartition.

Consignation du montant des frais

Article 43

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 40, paragraphe 2 a) à c).

2. Au cours de la procédure arbitrale, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

3. Si une autorité de nomination a été choisie d'un commun accord ou désignée et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination, qui peut adresser au tribunal toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.

4. Si les sommes dont la consignation est demandée ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la demande, le tribunal arbitral en informe les parties afin qu'une ou plusieurs d'entre elles puissent effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, il peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure arbitrale.

5. Après avoir ordonné la clôture de la procédure ou rendu une sentence définitive, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes consignées; il leur restitue tout solde non dépensé.

Annexe

Clause compromissoire type pour les contrats

Tout litige, différend ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, ou à son inexécution, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:

- a) L'autorité de nomination sera... (nom de la personne ou de l'institution);
- b) Le nombre d'arbitres est fixé à... (un ou trois);
- c) Le lieu de l'arbitrage sera... (ville et pays);
- d) La langue à utiliser pour la procédure arbitrale sera...

Déclaration possible concernant la renonciation

Note – Si les parties souhaitent exclure les voies de recours que la loi applicable leur offre contre la sentence arbitrale, elles peuvent envisager d'ajouter à cet effet une clause du type proposé ci-dessous, en tenant compte toutefois du fait que l'efficacité et les conditions d'une telle exclusion dépendent de la loi applicable.

Renonciation

Les parties renoncent par la présente à leur droit à toute forme de recours contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent valablement y renoncer en vertu de la loi applicable.

Déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement*Aucune circonstance à signaler*

Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres arbitres de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Circonstances à signaler

Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. Est jointe à la présente une déclaration faite en application de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance pertinente. [Inclure la déclaration] Je confirme que ces circonstances ne nuisent pas à mon indépendance et à mon impartialité. Je m'engage à notifier promptement aux parties et aux autres arbitres toute autre relation ou circonstance de cette nature qui pourrait par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Note – Toute partie peut envisager de demander à l'arbitre d'ajouter ce qui suit dans la déclaration d'indépendance:

Je confirme, sur la base des informations dont je dispose actuellement, que je peux consacrer le temps nécessaire pour conduire le présent arbitrage de manière diligente et efficace dans le respect des délais fixés par le Règlement.

Annexe II

Terminologie et recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

A. Terminologie

Le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” englobe une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle, à condition que la sûreté garantisse l’obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d’achat du bien grevé ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d’acquérir ce bien.

Le terme “biens de consommation” englobe une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

Le terme “stocks” englobe une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle destinée par le constituant à être vendue ou mise sous licence dans le cours normal de ses affaires.

B. Recommandations 243 à 248

Sûretés réelles mobilières sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle

243. La loi devrait prévoir que, dans le cas d’un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle, une sûreté réelle mobilière sur le bien meuble corporel ne s’étend pas à la propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle ne s’étend pas au bien meuble corporel.

Incidence du transfert d’une propriété intellectuelle grevée sur l’efficacité de l’inscription

244. La loi devrait prévoir que l’inscription, au registre général des sûretés, d’un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle continue de produire effet malgré un transfert de la propriété intellectuelle grevée.

Priorité des droits de certains preneurs de licence de propriété intellectuelle

245. La loi devrait prévoir que la règle énoncée à l’alinéa c) de la recommandation 81 s’applique aux droits que la loi reconnaît à un créancier garanti et n’a pas d’incidence sur les droits que ce dernier peut se voir conférer par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

Droit du créancier garanti d'assurer la conservation de la propriété intellectuelle grevée

246. La loi devrait prévoir que le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second est autorisé à prendre des mesures pour assurer la conservation de la propriété intellectuelle grevée.

Application, aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, des dispositions relatives aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions

247. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition s'appliquent également à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition. Aux fins de l'application de ces dispositions:

- a) Une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle:
 - i) Destinée par le constituant à être vendue ou mise sous licence dans le cours normal de ses affaires est traitée comme un stock; et
 - ii) Utilisée ou destinée à être utilisée par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques est traitée comme un bien de consommation; et
- b) Toute référence:
 - i) À la possession du bien grevé par le créancier garanti est sans objet;
 - ii) Au moment de la possession du bien grevé par le constituant désigne le moment où ce dernier acquiert la propriété intellectuelle ou la licence de propriété intellectuelle grevée; et
 - iii) Au moment de la remise du bien grevé au constituant désigne le moment où ce dernier acquiert la propriété intellectuelle ou la licence de propriété intellectuelle grevée.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

248. La loi devrait prévoir que:

- a) La loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée;
- b) Une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle peut aussi être constituée en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé le constituant et être également rendue opposable en vertu de cette loi à l'égard de tiers qui ne soient pas un autre créancier garanti, un bénéficiaire du transfert ou un preneur de licence; et
- c) La loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant.

Annexe III

Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI

Relevé de conclusions

Comme en a décidé la Commission à sa première session, les articles du Règlement intérieur de l'Assemblée générale relatifs à la procédure des commissions de celle-ci, ainsi que les articles 45 et 60, s'appliqueront à sa propre procédure. Comme en a également décidé la Commission, en ce qui concerne les questions non prévues dans ces articles, elle se conformera au principe général selon lequel le Règlement intérieur de l'Assemblée générale s'appliquera à elle *mutatis mutandis* lorsque cela sera nécessaire dans l'exercice de ses fonctions.

Prise de décisions

1. Les décisions de la Commission sont adoptées par les États membres de celle-ci. Les points de vue des États non membres et des organisations observatrices sont exposés au bénéfice des États membres, qui peuvent en tenir compte lorsqu'ils déterminent leur position sur la question à l'examen.
2. Comme l'indiquent les procédures actuelles utilisées de longue date par la Commission, celle-ci a pour pratique d'adopter ses décisions par consensus. La Commission est convenue qu'elle doit adopter dans toute la mesure du possible ses décisions par consensus; en l'absence d'un consensus, les décisions doivent être prises par la voie d'un vote conformément aux articles pertinents du Règlement intérieur de l'Assemblée générale.
3. Les États ont le droit d'émettre des explications de position et de vote et de voir ces déclarations reflétées dans le rapport, conformément au Règlement intérieur de l'Assemblée générale.
4. Le vote doit être considéré comme une procédure exceptionnelle. Il convient de noter qu'un vote à la Commission n'a eu lieu qu'une seule fois et sur une question de procédure.

Statut des états non membres et des organisations observatrices

5. Les États non membres sont autorisés, lorsqu'ils en font la demande, à assister aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail en qualité d'observateurs et peuvent participer à l'effort collectif pour parvenir à un texte généralement acceptable. Ils ne peuvent toutefois s'opposer à ce qu'il soit pris acte d'une décision.
6. En ce qui concerne les organisations observatrices, les sessions de la Commission et de ses organes subsidiaires sont ouvertes aux représentants des organisations gouvernementales et non gouvernementales internationales invitées par la Commission, ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 8 à 10 ci-dessous.
7. Les observateurs, en particulier les organisations non gouvernementales, ne participent pas à la prise de décisions.

8. Les organes des Nations Unies et les institutions spécialisées qui œuvrent en relation avec les Nations Unies sont autorisés à participer aux sessions et aux travaux de la Commission et de ses organes subsidiaires.

9. La Commission établit, et actualise en tant que de besoin, une liste des autres organisations internationales et des organisations non gouvernementales avec lesquelles la CNUDCI entretient une coopération de longue date et qui ont été invitées aux sessions de la Commission.

10. En outre, la Commission ou ses organes subsidiaires peuvent demander au Secrétariat d'inviter une organisation spécifique à une session donnée. Le Secrétariat peut également recevoir une demande d'invitation d'une organisation pour une session précise ou inviter, de sa propre initiative, une organisation à participer à une session s'il considère que la participation de celle-ci à la session concernée est pertinente et potentiellement utile. Dans ces cas, le Secrétariat informe les États membres de la Commission. Si une objection est soulevée, la décision est prise par la Commission.

Méthodes de travail du secrétariat de la CNUDCI

11. Le Secrétariat peut à tout moment faire des déclarations orales ou écrites à la Commission ou à ses organes subsidiaires sur toute question soumise à examen. Dans les limites de ses ressources budgétaires, le Secrétariat peut avoir recours à des experts extérieurs de différentes traditions juridiques et de différents milieux. Le Secrétariat décide, selon ses besoins, sous quelle forme les experts extérieurs peuvent apporter leur aide.

12. Le Secrétariat n'est pas lié par les avis d'experts. Il formule ses propositions à la Commission ou à ses organes subsidiaires, sous sa propre responsabilité et conformément, le cas échéant, aux instructions spécifiques reçues de la Commission ou de ses organes subsidiaires, et en ayant également à l'esprit les principes exprimés dans les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale et les décisions antérieures de la Commission.

13. Le Secrétariat informe les États membres des réunions des groupes d'experts qu'il convoque, selon leur demande.

14. Le secrétariat de la CNUDCI est résolu de s'efforcer, si ses ressources le lui permettent, d'assurer lors de ces réunions des services de traduction et d'interprétation dans autant de langues officielles que nécessaire.

15. Les colloques organisés ou coorganisés par le Secrétariat font l'objet d'une large publicité, notamment par la publication d'informations les concernant sur le site Internet de la CNUDCI. Les résultats en sont communiqués à la Commission et, le cas échéant, aux groupes de travail.

Annexe IV

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-troisième session

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>
A/CN.9/683 et Corr.1	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-troisième session
A/CN.9/684	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante et unième session (Vienne, 14-18 septembre 2009)
A/CN.9/685	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009)
A/CN.9/686	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009)
A/CN.9/687	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009)
A/CN.9/688	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (New York, 1 ^{er} -5 février 2010)
A/CN.9/689	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 8-12 février 2010)
A/CN.9/690	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-huitième session (New York, 12-16 avril 2010)
A/CN.9/691	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010)
A/CN.9/692	Note du Secrétariat sur les travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique
A/CN.9/693	Note du Secrétariat contenant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI
A/CN.9/694	Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types
A/CN.9/695 et Add.1	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques, notamment dans le domaine du droit des transports
A/CN.9/696	Note du Secrétariat sur la promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI
A/CN.9/697 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI; commentaires reçus d'États Membres et d'organisations internationales intéressées
A/CN.9/698	Note du Secrétariat sur la microfinance et le développement économique international
A/CN.9/699 et Add.1 à 4	<i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i> : projet de troisième partie; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales
A/CN.9/700 et Add.1 à 7	Note du Secrétariat sur le projet de supplément au <i>Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties</i> consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>
A/CN.9/701	Note du Secrétariat sur le projet de supplément au <i>Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties</i> consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales
A/CN.9/702 et Add.1	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés
A/CN.9/703 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI
A/CN.9/704 et Add.1 à 10	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales
A/CN.9/705	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI
A/CN.9/706	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique
A/CN.9/707 et Add.1	Note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international
A/CN.9/708	Note du Secrétariat: modifications apportées aux documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1; <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i> : troisième partie: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité
A/CN.9/709	Note du Secrétariat sur le droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles; nouvelle proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation par le secrétariat de la CNUDCI d'une étude sur la faisabilité et le champ d'application éventuel d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes
A/CN.9/710	Note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne: travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique

**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-septième session**

(TD/B/57/8)

**Développement progressif du droit commercial international:
quarante-troisième rapport annuel de la Commission des
Nations Unies pour le droit commercial international**

À sa 1055^e séance plénière, tenue le 20 septembre 2010, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/65/17).

**C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission
sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international sur les travaux de
sa quarante-troisième session (A/65/465)**

[Original: anglais]

Rapporteuse: M^{me} Glenna Cabello de Daboin (République bolivarienne du Venezuela)

I. Introduction

1. À sa 2^e séance plénière, le 17 septembre 2010, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante-cinquième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.
2. La Commission a examiné la question à ses 7^e, 25^e et 27^e séances, les 11 et 29 octobre et le 5 novembre 2010. Les vues des représentants qui ont pris la parole lors des débats sur cette question sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/65/SR.7, 25 et 27).
3. Pour l'examen de la question, la Commission était saisie du Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session¹.
4. À la 7^e séance, le 11 octobre, le Président de la quarante-troisième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de cette session.

II. Examen de propositions

A. Projet de résolution A/C.6/65/L.4

5. À la 25^e séance, le 29 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté le projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session" (A/C.6/65/L.4) au nom des pays suivants: Albanie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Liechtenstein, Luxembourg, Malaisie, Malawi, Malte, Mexique, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pays-Bas, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17).

d'Irlande du Nord, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du). Par la suite, les pays ci-après se sont joints aux auteurs du projet: Arménie, Lituanie, Madagascar, Pologne et République de Moldova.

6. À sa 27^e séance, le 5 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/65/L.4 sans le mettre aux voix (voir par. 13, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/65/L.5

7. À la 25^e séance, le 29 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté au nom du Bureau le projet de résolution intitulé "Version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" (A/C.6/65/L.5).

8. À sa 27^e séance, le 5 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/65/L.5 sans le mettre aux voix (voir par. 13, projet de résolution II).

C. Projet de résolution A/C.6/65/L.6

9. À la 25^e séance, le 29 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté au nom du Bureau le projet de résolution intitulé "Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles" (A/C.6/65/L.6).

10. À sa 27^e séance, le 5 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/65/L.6 sans le mettre aux voix (voir par. 13, projet de résolution III).

D. Projet de résolution A/C.6/65/L.7

11. À la 25^e séance, le 29 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté au nom du Bureau le projet de résolution intitulé "Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité" (A/C.6/65/L.7).

12. À sa 27^e séance, le 5 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/65/L.7 sans le mettre aux voix (voir par. 13, projet de résolution IV).

III. Recommandations de la Sixième Commission

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

Projet de résolution I Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième 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, en réduisant ou en faisant 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, de la communauté d'intérêts et du respect de l'état de droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session¹,

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

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

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17).

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session¹;

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté les trois nouvelles normes de droit commercial international suivantes: le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version révisée en 2010²; le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles³; et la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité⁴;

3. *Encourage* la Commission à achever la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services⁵ à sa quarante-quatrième session en 2011;

4. *Se réjouit* de la décision de la Commission d'examiner de nouveaux sujets dans les domaines du règlement des litiges commerciaux, des sûretés et du droit de l'insolvabilité et d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne;

5. *Se réjouit également* que la Commission ait décidé d'organiser des colloques internationaux visant à établir une feuille de route de ses travaux futurs dans le domaine du commerce électronique et à étudier les questions légales et réglementaires se posant dans le domaine de la microfinance qui relèvent de son mandat;

6. *Se réjouit en outre* des progrès accomplis par la Commission dans son projet de suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958⁶, et prie le Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration d'un projet de guide pour l'incorporation de la Convention afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes de cet instrument;

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

8. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération

² Ibid., chap. III et annexe I.

³ Ibid., chap. IV.

⁴ Ibid., chap. V.

⁵ Ibid., quarante-neuvième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques, y compris aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur les ressources limitées qui sont mises à disposition dans ce domaine;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'entreprendre les activités d'assistance et de coopération techniques, 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, s'il y a lieu, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

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 et de coopération techniques 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 promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la mise en œuvre du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

e) Se félicite que la Commission ait prié le Secrétariat d'étudier les moyens de mieux intégrer ses activités de coopération et d'assistance techniques dans les activités menées sur le terrain par l'Organisation des Nations Unies, en particulier par l'intermédiaire du Programme des Nations Unies pour le développement ou d'autres bureaux de pays des Nations Unies;

9. *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 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, afin qu'une telle aide puisse à nouveau être accordée et 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 de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger;

10. *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-cinquième 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;

11. *Note avec satisfaction* que la Commission a adopté un relevé de conclusions sur la question de son règlement intérieur et de ses méthodes de travail⁷ à l'issue de l'examen approfondi de ses méthodes de travail qu'elle a effectué de ses quarantième à quarante-deuxième sessions pour tenir compte de l'augmentation récente du nombre de ses membres et des sujets qu'elle traite, et invite les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer ce règlement intérieur et ces méthodes de travail pour garantir la haute qualité des travaux de la Commission et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question;

12. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes relatives au commerce international sont essentielles pour promouvoir la bonne gouvernance, le développement économique soutenu et l'élimination de la pauvreté et de la faim et que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par l'intermédiaire du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, avec l'appui du Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général;

13. *Se félicite* qu'une table ronde sur l'état de droit dans le commerce ait été organisée pendant la quarante-troisième session de la Commission et prend note avec satisfaction des observations liminaires présentées par la Vice-Secrétaire générale et des déclarations faites par les représentants des États et des banques multilatérales de développement et le Directeur du Groupe de l'état de droit de l'Organisation des Nations Unies, qui ont réaffirmé le rôle de la Commission dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international et l'importance de ses travaux pour le développement économique et social, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, pour la promotion de la coordination et de la cohérence de l'assistance technique et des activités de renforcement des capacités dans le domaine du droit commercial international et dans le contexte de la reconstruction après un conflit⁸;

14. *Prend note* des décisions prises par la Commission à l'issue de la table ronde et se félicite en particulier de celles visant à mieux intégrer les activités de la Commission dans les programmes communs des Nations Unies relatifs à l'état de droit, notamment en faisant mieux connaître les travaux de la Commission dans

⁷ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 305 et annexe III.

⁸ *Ibid.*, chap. XVII.

l'ensemble du système des Nations Unies et en encourageant un dialogue régulier entre la Commission et le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit⁹;

15. *Remercie* la Commission d'avoir examiné le projet de plan-programme biennal du sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international) du programme 6 (Affaires juridiques) dans le cadre de son examen du projet de cadre stratégique pour la période 2012-2013¹⁰, note que la Commission s'est également déclarée préoccupée par le fait que les ressources allouées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 étaient insuffisantes pour lui permettre de répondre aux demandes accrues des pays en développement et des pays en transition visant à obtenir une assistance technique pour procéder à une réforme dans le domaine du droit commercial et note aussi que la Commission a instamment prié le Secrétaire général de prendre des mesures pour que le montant relativement modique des ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit rapidement dégagé¹¹;

16. *Note* que la Commission s'est déclarée préoccupée par l'insuffisance des ressources dont disposait son secrétariat pour répondre au besoin croissant d'assurer l'interprétation uniforme de ses textes, jugée indispensable pour en assurer la mise en œuvre effective, et qu'elle a engagé le Secrétariat à envisager divers moyens de remédier à cette préoccupation, notamment en constituant des partenariats avec des institutions intéressées et en créant au sein du secrétariat de la Commission un pilier ayant principalement pour objet d'encourager l'interprétation uniforme des textes de la Commission, notamment en maintenant et en développant le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative à ces textes (Recueil de jurisprudence)¹²;

17. *Rappelle* ses résolutions sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et des acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé¹³, et les résolutions dans lesquelles elle a encouragé la Commission à continuer d'explorer les différentes manières de mettre à profit les partenariats avec des acteurs non étatiques dans l'exécution de son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, conformément aux principes et aux directives applicables et en coopération et coordination avec les autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial¹⁴;

18. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, en conformité avec ses résolutions sur les questions liées à la documentation¹⁵ où elle a en particulier insisté sur le fait que l'abrègement des documents ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages;

⁹ Ibid., par. 334 à 336.

¹⁰ A/65/6 (Prog. 6).

¹¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 346.

¹² Ibid., par. 347.

¹³ Résolutions 55/215, 56/76, 58/129, 60/215, 62/211 et 64/223.

¹⁴ Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.

¹⁵ Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

19. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission ou les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs;

20. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, afin de faire connaître plus largement et de rendre plus aisément accessibles les travaux de la Commission¹⁶, se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'*Annuaire* en temps voulu;

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

22. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁷ et un autre consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international¹⁸, dans le but de contribuer à la diffusion d'informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'adoption en droit interne et l'interprétation uniforme.

¹⁶ Voir résolution 2502 (XXIV).

¹⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

¹⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

Projet de résolution II Version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

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 afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant également sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976 dans laquelle elle recommandait l'application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international¹,

Reconnaissant l'utilité que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges qui peuvent naître dans le cadre des relations commerciales internationales,

Notant que le Règlement d'arbitrage est considéré comme un texte très réussi et qu'il est appliqué dans des situations très diverses recouvrant une grande variété de litiges partout dans le monde, par exemple les litiges entre parties privées commerciales, les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage,

Reconnaissant la nécessité de réviser le Règlement d'arbitrage pour suivre les pratiques actuelles du commerce international et tenir compte des changements survenus au cours des 30 dernières années dans la pratique de l'arbitrage,

Estimant que le Règlement d'arbitrage, tel que révisé en 2010 pour tenir compte des pratiques actuelles, renforcera considérablement l'efficacité des arbitrages qu'il régira,

Convaincue qu'une révision du Règlement d'arbitrage qui soit acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents peut contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement continu de l'état de droit,

Notant que les délibérations voulues ont été tenues et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements et les milieux intéressés pour élaborer la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage, dont on peut s'attendre à ce qu'elle contribue dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des litiges du commerce international,

Notant également que le Règlement d'arbitrage révisé en 2010 a été adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarante-troisième session, à l'issue des délibérations requises²,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir établi et adopté les dispositions révisées du Règlement

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.

² Ibid., soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), chap. III.

d'arbitrage, dont le texte figure en annexe au rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session³;

2. *Recommande* l'utilisation de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage soit portée à la connaissance et mise à la disposition du plus grand nombre.

³ Ibid., annexe I.

Projet de résolution III

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

L'Assemblée générale,

Reconnaissant l'importance que revêtent pour tous les États des régimes d'opérations garanties efficaces pour favoriser l'accès au crédit garanti,

Reconnaissant également la nécessité d'augmenter l'offre de crédit garanti meilleur marché pour les propriétaires de propriétés intellectuelles et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle et donc d'accroître la valeur de ces droits comme garantie d'un crédit,

Notant que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*¹ s'applique d'une manière générale aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles sans porter involontairement atteinte aux règles et objectifs fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle,

Tenant compte de la nécessité d'examiner l'interaction entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle, aux niveaux national et international,

Reconnaissant que les États auraient besoin d'orientations sur la manière dont les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* s'appliqueront dans le contexte de la propriété intellectuelle et sur les modifications qu'il leur sera nécessaire d'apporter à leur législation pour éviter toute incompatibilité entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle,

Notant qu'il importe de concilier les intérêts de toutes les parties concernées, notamment les constituants, qu'ils soient titulaires de droits, donneurs de licence ou preneurs de licence de propriété intellectuelle, et les créanciers garantis,

Remerciant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans les domaines du financement garanti et de la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Conférence de La Haye de droit international privé, pour avoir participé et aidé à l'élaboration du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles²,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles²;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion, y compris par voie électronique, du texte du Supplément, et de le transmettre aux gouvernements et aux organismes intéressés;

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, chap. IV.

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le Supplément pour évaluer l'efficacité économique de leur financement de la propriété intellectuelle, et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation en la matière ou en adopteront une, et invite les États qui l'ont fait à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États de continuer d'envisager de devenir partie à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international³ et d'appliquer les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*¹.

³ Résolution 56/81, annexe.

Projet de résolution IV

Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

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, organe chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant également sa résolution 59/40 du 2 décembre 2004 dans laquelle elle recommandait l'utilisation du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*¹,

Constatant qu'un bon régime d'insolvabilité apparaît de plus en plus clairement comme un facteur de développement économique et d'investissement, et qu'il favorise l'activité des entreprises tout en préservant l'emploi,

Notant que les grandes sociétés procèdent de plus en plus souvent par groupes d'entreprises pour mener leurs affaires nationales et internationales, que ces groupes sont caractéristiques d'une économie en voie de mondialisation et qu'ils jouent donc un grand rôle dans le commerce international,

Reconnaissant que si un groupe d'entreprises fait faillite, il importe non seulement de savoir comment il sera traité dans la procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte qu'il le soit d'une façon qui facilite, et non pas qui contrarie, la conduite diligente et efficace de la procédure,

Sachant qu'il y a très peu d'États qui considèrent les groupes d'entreprises comme des entités juridiques, sinon avec des limitations et à des fins particulières, et qu'il n'y en a peut-être aucun qui dispose d'un régime complet d'insolvabilité applicable à ces groupes,

Notant que, même s'il constitue une base solide pour l'unification du droit de l'insolvabilité et donne les éléments clefs d'un cadre de droit commercial moderne, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ne traite pas de l'insolvabilité des groupes d'entreprises,

Se félicitant du soutien et du concours que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales qui s'intéressent à la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à la rédaction d'un supplément du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir rédigé et adopté la troisième partie du *Guide législatif de la*

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

*CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*¹, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité²;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et de le garder à l'esprit lorsqu'ils fixent ou modifient leur droit de l'insolvabilité, et invite ceux qui l'ont fait à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États d'envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*³;

5. *Recommande en outre* que les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties à une procédure d'insolvabilité internationale continuent de prendre dûment en considération le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*.

² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, chap. V.

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

D. Résolutions 65/21, 65/22, 65/23, 65/24 et 65/32 de l'Assemblée générale

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/65/465)

65/21. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième 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, en réduisant ou en faisant 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, de la communauté d'intérêts et du respect de l'état de droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session¹,

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

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

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17).

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session¹;

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté les trois nouvelles normes de droit commercial international suivantes: le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version révisée en 2010²; le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles³; et la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité⁴;

3. *Encourage* la Commission à achever la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services⁵ à sa quarante-quatrième session en 2011;

4. *Se réjouit* de la décision de la Commission d'examiner de nouveaux sujets dans les domaines du règlement des litiges commerciaux, des sûretés et du droit de l'insolvabilité et d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne;

5. *Se réjouit également* que la Commission ait décidé d'organiser des colloques internationaux visant à établir une feuille de route de ses travaux futurs dans le domaine du commerce électronique et à étudier les questions légales et réglementaires se posant dans le domaine de la microfinance qui relèvent de son mandat;

6. *Se réjouit en outre* des progrès accomplis par la Commission dans son projet de suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958⁶, et prie le Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration d'un projet de guide pour l'incorporation de la Convention afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes de cet instrument;

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

8. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération

² Ibid., chap. III et annexe I.

³ Ibid., chap. IV.

⁴ Ibid., chap. V.

⁵ Ibid., quarante-neuvième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques, y compris aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur les ressources limitées qui sont mises à disposition dans ce domaine;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'entreprendre les activités d'assistance et de coopération techniques, 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, s'il y a lieu, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

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 et de coopération techniques 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 promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la mise en œuvre du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

e) Se félicite que la Commission ait prié le Secrétariat d'étudier les moyens de mieux intégrer ses activités de coopération et d'assistance techniques dans les activités menées sur le terrain par l'Organisation des Nations Unies, en particulier par l'intermédiaire du Programme des Nations Unies pour le développement ou d'autres bureaux de pays des Nations Unies;

9. *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 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, afin qu'une telle aide puisse à nouveau être accordée et 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 de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger;

10. *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-cinquième 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;

11. *Note avec satisfaction* que la Commission a adopté un relevé de conclusions sur la question de son règlement intérieur et de ses méthodes de travail⁷ à l'issue de l'examen approfondi de ses méthodes de travail qu'elle a effectué de ses quarantième à quarante-deuxième sessions pour tenir compte de l'augmentation récente du nombre de ses membres et des sujets qu'elle traite, et invite les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer ce règlement intérieur et ces méthodes de travail pour garantir la haute qualité des travaux de la Commission et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question;

12. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes relatives au commerce international sont essentielles pour promouvoir la bonne gouvernance, le développement économique soutenu et l'élimination de la pauvreté et de la faim et que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par l'intermédiaire du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, avec l'appui du Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général;

13. *Se félicite* qu'une table ronde sur l'état de droit dans le commerce ait été organisée pendant la quarante-troisième session de la Commission et prend note avec satisfaction des observations liminaires présentées par la Vice-Secrétaire générale et des déclarations faites par les représentants des États et des banques multilatérales de développement et le Directeur du Groupe de l'état de droit de l'Organisation des Nations Unies, qui ont réaffirmé le rôle de la Commission dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international et l'importance de ses travaux pour le développement économique et social, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, pour la promotion de la coordination et de la cohérence de l'assistance technique et des activités de renforcement des capacités dans le domaine du droit commercial international et dans le contexte de la reconstruction après un conflit⁸;

14. *Prend note* des décisions prises par la Commission à l'issue de la table ronde et se félicite en particulier de celles visant à mieux intégrer les activités de la Commission dans les programmes communs des Nations Unies relatifs à l'état de droit, notamment en faisant mieux connaître les travaux de la Commission dans

⁷ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 305 et annexe III.

⁸ *Ibid.*, chap. XVII.

l'ensemble du système des Nations Unies et en encourageant un dialogue régulier entre la Commission et le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit⁹;

15. *Remercie* la Commission d'avoir examiné le projet de plan-programme biennal du sous-programme 5 (Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international) du programme 6 (Affaires juridiques) dans le cadre de son examen du projet de cadre stratégique pour la période 2012-2013¹⁰, note que la Commission s'est également déclarée préoccupée par le fait que les ressources allouées au Secrétariat au titre du sous-programme 5 étaient insuffisantes pour lui permettre de répondre aux demandes accrues des pays en développement et des pays en transition visant à obtenir une assistance technique pour procéder à une réforme dans le domaine du droit commercial et note aussi que la Commission a instamment prié le Secrétaire général de prendre des mesures pour que le montant relativement modique des ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire une demande aussi cruciale pour le développement soit rapidement dégagé¹¹;

16. *Note* que la Commission s'est déclarée préoccupée par l'insuffisance des ressources dont disposait son secrétariat pour répondre au besoin croissant d'assurer l'interprétation uniforme de ses textes, jugée indispensable pour en assurer la mise en œuvre effective, et qu'elle a engagé le Secrétariat à envisager divers moyens de remédier à cette préoccupation, notamment en constituant des partenariats avec des institutions intéressées et en créant au sein du secrétariat de la Commission un pilier ayant principalement pour objet d'encourager l'interprétation uniforme des textes de la Commission, notamment en maintenant et en développant le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative à ces textes (Recueil de jurisprudence)¹²;

17. *Rappelle* ses résolutions sur les partenariats entre l'Organisation des Nations Unies et des acteurs non étatiques, en particulier le secteur privé¹³, et les résolutions dans lesquelles elle a encouragé la Commission à continuer d'explorer les différentes manières de mettre à profit les partenariats avec des acteurs non étatiques dans l'exécution de son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, conformément aux principes et aux directives applicables et en coopération et coordination avec les autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial¹⁴;

18. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, en conformité avec ses résolutions sur les questions liées à la documentation¹⁵ où elle a en particulier insisté sur le fait que l'abrègement des documents ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agit d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages;

⁹ Ibid., par. 334 à 336.

¹⁰ A/65/6 (Prog. 6).

¹¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 346.

¹² Ibid., par. 347.

¹³ Résolutions 55/215, 56/76, 58/129, 60/215, 62/211 et 64/223.

¹⁴ Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.

¹⁵ Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

19. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission ou les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs;

20. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, afin de faire connaître plus largement et de rendre plus aisément accessibles les travaux de la Commission¹⁶, se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'*Annuaire* en temps voulu;

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

22. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁷ et un autre consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international¹⁸, dans le but de contribuer à la diffusion d'informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'adoption en droit interne et l'interprétation uniforme.

*57^e séance plénière
6 décembre 2010*

¹⁶ Voir résolution 2502 (XXIV).

¹⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

¹⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

65/22. Version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

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 afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant également sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976 dans laquelle elle recommandait l'application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international¹,

Reconnaissant l'utilité que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges qui peuvent naître dans le cadre des relations commerciales internationales,

Notant que le Règlement d'arbitrage est considéré comme un texte très réussi et qu'il est appliqué dans des situations très diverses recouvrant une grande variété de litiges partout dans le monde, par exemple les litiges entre parties privées commerciales, les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage,

Reconnaissant la nécessité de réviser le Règlement d'arbitrage pour suivre les pratiques actuelles du commerce international et tenir compte des changements survenus au cours des 30 dernières années dans la pratique de l'arbitrage,

Estimant que le Règlement d'arbitrage, tel que révisé en 2010 pour tenir compte des pratiques actuelles, renforcera considérablement l'efficacité des arbitrages qu'il régira,

Convaincue qu'une révision du Règlement d'arbitrage qui soit acceptable pour des pays dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents peut contribuer de façon appréciable au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement continu de l'état de droit,

Notant que les délibérations voulues ont été tenues et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements et les milieux intéressés pour élaborer la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage, dont on peut s'attendre à ce qu'elle contribue dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des litiges du commerce international,

Notant également que le Règlement d'arbitrage révisé en 2010 a été adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarante-troisième session, à l'issue des délibérations requises²,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir établi et adopté les dispositions révisées du Règlement d'arbitrage, dont le texte figure en annexe au rapport de la Commission des

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.*

² *Ibid., soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), chap. III.*

Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session³;

2. *Recommande* l'utilisation de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales;

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage soit portée à la connaissance et mise à la disposition du plus grand nombre.

*57^e séance plénière
6 décembre 2010*

³ Ibid., annexe I.

**65/23. Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties:
supplément sur les sûretés réelles mobilières
grevant des propriétés intellectuelles**

L'Assemblée générale,

Reconnaissant l'importance que revêtent pour tous les États des régimes d'opérations garanties efficaces pour favoriser l'accès au crédit garanti,

Reconnaissant également la nécessité d'augmenter l'offre de crédit garanti meilleur marché pour les propriétaires de propriétés intellectuelles et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle et donc d'accroître la valeur de ces droits comme garantie d'un crédit,

Notant que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*¹ s'applique d'une manière générale aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles sans porter involontairement atteinte aux règles et objectifs fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle,

Tenant compte de la nécessité d'examiner l'interaction entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle, aux niveaux national et international,

Reconnaissant que les États auraient besoin d'orientations sur la manière dont les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* s'appliqueront dans le contexte de la propriété intellectuelle et sur les modifications qu'il leur sera nécessaire d'apporter à leur législation pour éviter toute incompatibilité entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle,

Notant qu'il importe de concilier les intérêts de toutes les parties concernées, notamment les constituants, qu'ils soient titulaires de droits, donneurs de licence ou preneurs de licence de propriété intellectuelle, et les créanciers garantis,

Remerciant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans les domaines du financement garanti et de la propriété intellectuelle, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et la Conférence de La Haye de droit international privé, pour avoir participé et aidé à l'élaboration du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles²,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles²;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion, y compris par voie électronique, du texte du Supplément, et de le transmettre aux gouvernements et aux organismes intéressés;

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, chap. IV.

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le Supplément pour évaluer l'efficacité économique de leur financement de la propriété intellectuelle, et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation en la matière ou en adopteront une, et invite les États qui l'ont fait à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États de continuer d'envisager de devenir partie à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international³ et d'appliquer les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*¹.

*57^e séance plénière
6 décembre 2010*

³ Résolution 56/81, annexe.

**65/24. Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI
sur le droit de l'insolvabilité**

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, organe chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Rappelant également sa résolution 59/40 du 2 décembre 2004 dans laquelle elle recommandait l'utilisation du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*¹,

Constatant qu'un bon régime d'insolvabilité apparaît de plus en plus clairement comme un facteur de développement économique et d'investissement, et qu'il favorise l'activité des entreprises tout en préservant l'emploi,

Notant que les grandes sociétés procèdent de plus en plus souvent par groupes d'entreprises pour mener leurs affaires nationales et internationales, que ces groupes sont caractéristiques d'une économie en voie de mondialisation et qu'ils jouent donc un grand rôle dans le commerce international,

Reconnaissant que si un groupe d'entreprises fait faillite, il importe non seulement de savoir comment il sera traité dans la procédure d'insolvabilité, mais aussi de faire en sorte qu'il le soit d'une façon qui facilite, et non pas qui contrarie, la conduite diligente et efficace de la procédure,

Sachant qu'il y a très peu d'États qui considèrent les groupes d'entreprises comme des entités juridiques, sinon avec des limitations et à des fins particulières, et qu'il n'y en a peut-être aucun qui dispose d'un régime complet d'insolvabilité applicable à ces groupes,

Notant que, même s'il constitue une base solide pour l'unification du droit de l'insolvabilité et donne les éléments clefs d'un cadre de droit commercial moderne, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ne traite pas de l'insolvabilité des groupes d'entreprises,

Se félicitant du soutien et du concours que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales qui s'intéressent à la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à la rédaction d'un supplément du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir rédigé et adopté la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*¹, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité²;

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, chap. V.

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et de le garder à l'esprit lorsqu'ils fixent ou modifient leur droit de l'insolvabilité, et invite ceux qui l'ont fait à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États d'envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*³;

5. *Recommande en outre* que les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties à une procédure d'insolvabilité internationale continuent de prendre dûment en considération le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*.

57^e séance plénière
6 décembre 2010

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

65/32. L'état de droit aux niveaux national et international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 64/116 du 16 décembre 2009,

Réaffirmant son attachement aux buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies et au droit international, fondements essentiels d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste, et se déclarant de nouveau résolue à les faire strictement respecter et à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier,

Réaffirmant que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et des principes fondamentaux, universels et indissociables de l'Organisation des Nations Unies,

Réaffirmant également la nécessité de faire universellement instaurer et respecter l'état de droit aux niveaux national et international, et son engagement solennel en faveur d'un ordre international fondé sur l'état de droit et le droit international, ce qui, avec les principes de la justice, est essentiel à la coexistence pacifique et à la coopération entre les États,

Convaincue que la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international est indispensable à une croissance économique soutenue, au développement durable, à l'élimination de la pauvreté et de la faim et à la protection de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales, et sachant que la sécurité collective appelle une coopération efficace, dans le respect de la Charte et du droit international, contre les menaces transnationales,

Réaffirmant que tous les États doivent s'abstenir de recourir dans leurs relations internationales à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies et qu'ils doivent régler leurs différends internationaux par des voies pacifiques de manière à ne pas mettre en péril la paix et la sécurité internationales et la justice, conformément au Chapitre VI de la Charte, et demandant aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice, conformément au statut de celle-ci,

Convaincue que la promotion et le respect de l'état de droit aux niveaux national et international ainsi que la justice et la bonne gouvernance doivent guider l'action de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres,

Rappelant l'alinéa e) du paragraphe 134 du Document final du Sommet mondial de 2005¹,

1. *Prend acte* du rapport annuel du Secrétaire général sur le renforcement et la coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit²;
2. *Réaffirme* le rôle de stimulant que joue l'Assemblée générale dans le développement progressif du droit international et sa codification, et réaffirme

¹ Voir résolution 60/1.

² A/65/318.

également que les États doivent respecter toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international;

3. *Souligne* qu'il importe de respecter l'état de droit au niveau national et qu'il faut aider davantage les États Membres qui en font la demande à respecter, sur le plan national, les obligations internationales auxquelles ils ont souscrit, moyennant un développement de l'assistance technique et un renforcement des capacités et sur la base d'une coordination et d'une harmonisation accrues au sein du système des Nations Unies et entre les donateurs, et appelle à nouveau à mieux évaluer l'efficacité de ces activités;

4. *Demande* à cette fin que le dialogue se renforce entre toutes les parties intéressées de sorte que l'assistance en matière d'état de droit soit fournie dans une perspective nationale, consolidant ainsi le processus d'appropriation nationale;

5. *Appelle* le système des Nations Unies à aborder systématiquement, selon qu'il conviendra, les aspects de l'état de droit relevant de ses activités, sachant que l'état de droit est important dans la quasi-totalité de ses domaines d'intervention;

6. *Exprime son plein appui* au rôle de coordination et d'harmonisation que joue dans le système des Nations Unies, dans les limites de ses attributions actuelles, le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, sous la direction de la Vice-Secrétaire générale;

7. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter en temps opportun son prochain rapport annuel sur l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit, conformément au paragraphe 5 de sa résolution 63/128 du 11 décembre 2008;

8. *Se félicite* du dialogue que le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit ont engagé avec les États Membres sur le thème intitulé "La promotion de l'état de droit au niveau international" et leur demande de le poursuivre dans l'intérêt de l'état de droit au niveau international;

9. *Engage* le Secrétaire général et le système des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit;

10. *Invite* la Cour internationale de Justice, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la Commission du droit international à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elles lui soumettent, de ce qu'elles font actuellement pour promouvoir l'état de droit;

11. *Invite* le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit à continuer de s'entretenir périodiquement avec les États Membres, notamment dans le cadre d'échanges non formels;

12. *Souligne* qu'il importe de mettre à la disposition du Groupe de l'état de droit les ressources financières et humaines qui lui sont nécessaires pour s'acquitter effectivement et durablement de ses fonctions, et prie instamment le Secrétaire général et les États Membres de continuer d'assurer le fonctionnement du Groupe;

13. *Décide* qu'au cours du débat de haut niveau de sa soixante-septième session, elle tiendra une réunion de haut niveau sur l'état de droit aux niveaux national et international, dont les modalités seront arrêtées à la soixante-sixième session;

14. *Décide également* d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-sixième session la question intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international", invite les États Membres à axer les observations qu'ils formuleront dans le débat à venir de la Sixième Commission, sans préjudice de l'examen de la question dans son ensemble, sur le sous-thème intitulé "L'état de droit et la justice en période de transition dans les situations de conflit et d'après conflit"³, et invite le Secrétaire général à fournir, dans son rapport, des informations sur ce sous-thème, après avoir sollicité l'avis des États Membres.

*57^e séance plénière
6 décembre 2010*

³ Voir la note du Président de la Sixième Commission (A/C.6/63/L.23).

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS
ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. ARBITRAGE ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante et unième session (Vienne, 14-18 septembre 2009) (A/CN.9/684)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-10
II. Organisation de la session	11-18
III. Délibérations et décisions	19
IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	20-126
Section III. Procédure arbitrale	21-51
Section IV. La sentence	52-126

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1^{er}-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’étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l’arbitrage. Elle a prié le Secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante¹.

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 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 incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international (1985) (“la Loi type”) ainsi que l’utilisation du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI (“le Règlement d’arbitrage” ou “le Règlement”) et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d’évaluer, au sein de l’instance universelle qu’elle formait, l’acceptabilité des idées et propositions d’amélioration

¹ Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17), par. 235.

des lois, règles et pratiques d'arbitrage². Lors de l'examen de la question, la Commission n'a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être 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 pratique)³.

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d'entreprendre en priorité la révision de son Règlement d'arbitrage. Elle a noté que le Règlement, 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 telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. 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 Règlement⁴.

4. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. On a déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail de déterminer si les questions susceptibles d'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que le concept d'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, qu'il était notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait d'empêcher inutilement les États de répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps⁵.

5. 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, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte en ligne. Un autre thème envisageable pour des travaux futurs était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites ("anti-suit injunctions") sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1

² Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17)*, par. 337.

³ Ibid., par. 338.

⁴ Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 184.

⁵ Ibid., par. 185.

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 engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur⁶.

6. Après discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions parallèlement. Elle est convenue qu'il reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue qu'il devrait aussi examiner la question de l'arbitrabilité. Pour ce qui était du règlement des conflits en ligne, elle est convenue que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, traiter des incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage⁷.

7. À sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait avoir pour objet de le moderniser et de promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux⁸. Elle a noté qu'un large soutien avait été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur d'une approche générique visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières. Elle a toutefois noté que le Groupe de travail devrait encore examiner, lors de ses sessions futures, la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des litiges entre investisseurs et États ou l'arbitrage institutionnel⁹.

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté que le Groupe de travail avait décidé de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de lui demander si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux¹⁰. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser à l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement sous sa forme générique. Pour ce

⁶ Ibid., par. 186.

⁷ Ibid., par. 187.

⁸ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part. I, par. 174.

⁹ Ibid., par. 175.

¹⁰ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 313.

qui est du déroulement des travaux, elle est convenue que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement. S'agissant de la portée des travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Elle a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée à l'avenir car il s'agissait d'un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (*ibid.*, par. 69), y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard¹¹.

9. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné, à sa quarante-neuvième session, une proposition visant à étendre le rôle du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (CPA) dans le Règlement d'arbitrage (A/CN.9/665, par. 47 à 50)¹². À l'issue de la discussion, elle était convenue que le mécanisme des autorités de désignation et de nomination existant, tel qu'il était prévu dans la version de 1976 du Règlement, ne serait pas modifié¹³. On a souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne devrait pas prévoir une règle supplétive selon laquelle une institution donnée serait l'autorité de nomination par défaut et serait considérée dans le Règlement comme prestataire d'assistance directe aux parties¹⁴.

10. La Commission a également noté que le Groupe de travail, à sa cinquantième session, était convenu de lui demander de lui accorder suffisamment de temps pour achever ses travaux sur le Règlement d'arbitrage afin que le projet de texte révisé atteigne le degré de maturité et de qualité requis (A/CN.9/669, par. 120). Elle est convenue qu'il fallait prendre le temps nécessaire pour atteindre le niveau de qualité élevé exigé pour les textes de la CNUDCI, compte tenu de l'impact international du Règlement, et exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu à sa quarante-troisième session en 2010¹⁵.

¹¹ *Ibid.*, par. 314.

¹² Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-deuxième session (A/64/17), par. 292.

¹³ *Ibid.*, par. 293.

¹⁴ *Ibid.*, par. 297.

¹⁵ *Ibid.*, par. 298.

II. Organisation de la session

11. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante et unième session à Vienne, du 14 au 18 septembre 2009. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Bahreïn, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Malaisie, Mexique, Norvège, Pakistan, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Suisse, Thaïlande, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

12. Ont aussi participé à la session des observateurs des États suivants: Argentine, Belgique, Brésil, Burundi, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, Hongrie, Indonésie, Iraq, Lituanie, Maurice, Oman, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Portugal, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Soudan, Suède, Tadjikistan, Tunisie, Turquie et Yémen.

13. Y ont aussi pris part des observateurs de l'organisation suivante du système des Nations Unies: Bureau des affaires juridiques de l'ONU.

14. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Cour permanente d'arbitrage (CPA), MERCOSUR et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.

15. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association européenne des juristes d'entreprise (AEJE), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Center for International Legal Studies (CILS), Centre international d'arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Centre pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Conseil des barreaux européens (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council – Singapore International Arbitration Centre (CIAC-SIAC), Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration (RCICAL), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres et Union Internationale des Avocats (UIA).

16. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael E. Schneider (Suisse)

Rapporteur: M. Iftikharuddin Riaz (Pakistan)

17. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.155); b) notes du Secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.154 et A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

19. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.154 et A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

20. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait achevé une deuxième lecture des articles 18 à 26 du projet de version révisée du Règlement à sa cinquantième session (A/CN.9/669). Il est convenu de reprendre ses discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 et les propositions de modifications y figurant (qu'il compléterait, le cas échéant, par les documents A/CN.9/WG.II/WP.154 et A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1).

Section III. Procédure arbitrale

Experts nommés par le tribunal arbitral

Article 27

21. Le Groupe de travail a décidé que l'article 27, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était généralement acceptable quant au fond. Il a pris note du fait qu'une délégation ferait, à une future session, une proposition concernant la contestation des experts dans le cadre de l'article 27.

Défaut**Article 28***Paragraphe 1 a)*

22. Le point de vue a été exprimé que le paragraphe 1 a) de l'article 28 tel que contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, qui prévoyait la clôture automatique de la procédure arbitrale si le demandeur ne présentait pas sa requête "à moins que le défendeur n'ait présenté une demande reconventionnelle", était trop limité, car il ne couvrait pas les situations dans lesquelles, même à défaut de requête, les questions faisant l'objet du litige pouvaient nécessiter une décision du tribunal arbitral, compte tenu en particulier des intérêts des autres parties concernées. Il a également été avancé qu'un tribunal arbitral pourrait avoir à rendre une décision ayant force de chose jugée, pour tenir compte du cas, constaté dans la pratique de l'arbitrage, des demandes parfois présentées de manière répétitive. Il a en outre été souligné que la référence, au paragraphe 1 a), à une demande reconventionnelle "présentée" par le défendeur n'était peut-être pas assez large, et qu'il faudrait préciser que la mention d'une demande reconventionnelle dans la réponse à la notification d'arbitrage pourrait constituer une présentation suffisante aux fins de l'article 28-1 a). À cet égard, il a été proposé de remplacer le mot "présenté" par le mot "fait". Il a également été proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 1 a), les mots "ou qu'il ne prie le tribunal de se prononcer sur le fond de la demande et que le tribunal détermine qu'il convient de procéder ainsi dans les circonstances de l'espèce".

23. On a craint qu'il ne soit difficile, pour le tribunal, de prendre une décision sur le fond dans le cas, prévu au paragraphe 1 a) de l'article 28, où le demandeur ne présentait pas sa requête. On s'est également inquiété de ce que, dans certains pays, le rejet d'une demande avec possibilité de la réintroduire, lorsque aucune requête n'avait été présentée, serait sujet à annulation. On a répondu en expliquant que les éléments déjà présentés par les parties pourraient être suffisants pour permettre au tribunal arbitral de trancher certaines questions, telles que celles de compétence ou de frais.

24. Plusieurs propositions ont été faites pour élargir le paragraphe 1 a) de l'article 28. Il a été suggéré d'élargir le contenu obligatoire de la notification d'arbitrage, afin qu'une décision sur le fond puisse être prise par le tribunal arbitral même en l'absence d'une requête. Une autre proposition consistait à remplacer les mots "à moins que le défendeur n'ait présenté une demande reconventionnelle" par les mots "à moins qu'il ne reste d'autres questions à trancher". Il a été proposé de préciser que le tribunal arbitral ne serait habilité à poursuivre la procédure qu'à la demande du défendeur, en ajoutant une formule du type "à moins que le défendeur n'ait besoin que d'autres questions soient examinées" ou "à moins que le défendeur n'ait besoin que certaines questions soient tranchées". Il a été répondu que cette proposition excluait les demandes qui pourraient être présentées par des codemandeurs et d'autres parties intéressées, et qu'il serait peut-être préférable d'adopter une formulation qui préserverait la souplesse de cette disposition. À cet égard, il a été proposé d'insérer une formulation du type "sauf demande contraire d'une partie à la procédure" ou "à moins que certaines questions soulevées par les parties puissent être tranchées". Il a aussi été déclaré que les mots "autres questions" employés dans certaines des propositions ci-dessus pourraient être trop vagues, et il a été suggéré de leur préférer une formulation du type "avec la force de

la chose jugée que le tribunal pourrait juger appropriée ou d'autres questions déjà soulevées".

25. Une autre proposition était de laisser le tribunal arbitral décider librement de clore ou de poursuivre la procédure et d'inclure une disposition qui pourrait être libellée comme suit: "à moins qu'il y ait des questions susceptibles d'être tranchées et que le tribunal arbitral estime qu'il convient de le faire". Il a été proposé de remplacer, dans cette proposition, les mots "qu'il y ait des questions" par "qu'il reste des questions", afin de préciser que les questions à trancher étaient celles que les parties avaient initialement incluses dans la notification d'arbitrage et la réponse à cette dernière. Il a été dit que les règlements de certains centres d'arbitrage international, comme l'article 6.3 du Règlement d'arbitrage de la CCI ("Règlement de la CCI"), donnaient un large pouvoir au tribunal arbitral quant à la poursuite de la procédure lorsqu'une partie refusait ou s'abstenait de participer à l'arbitrage. Toutefois, on s'est demandé s'il était opportun de conférer un large pouvoir au tribunal, et on a dit qu'il fallait garantir au défendeur que, en cas de demande reconventionnelle, le tribunal l'examinerait quand même. En réponse, on a proposé d'inclure une formulation du type "à moins que le défendeur n'ait présenté une réponse et qu'il soit nécessaire de trancher certaines questions".

26. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait reformuler le paragraphe 1 a) de l'article 28 tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 de manière qu'il ne limite plus le pouvoir du tribunal arbitral, en l'absence de requête, au simple fait d'ordonner la clôture de la procédure. Il a prié le Secrétariat de reformuler le texte, en tenant compte des propositions qui avaient été faites, afin qu'il l'examine à une session future.

Paragraphe 1 b)

27. On a constaté une incohérence entre le libellé de l'article 28, paragraphe 1 b), tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, et celui du nouvel article 4, paragraphe 3 du projet de version révisée du Règlement, tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154, qui portaient tous deux sur l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage. Pour aligner le libellé de ces deux articles, il a été proposé de supprimer le dernier membre de phrase du nouveau paragraphe 3 de l'article 4 ou d'ajouter à la fin les mots "conformément à l'article 28, paragraphe 1 b)". Ces propositions n'ont pas été appuyées car on a estimé qu'il était évident qu'un tribunal arbitral procéderait comme il le jugerait approprié en application du Règlement et notamment de l'article 28-1 b).

Paragraphe 2

28. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 de l'article 28, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

Emplacement

29. La question a été posée de savoir si le paragraphe 3 de l'article 28, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, qui traitait du cas où une partie ne présentait pas de preuves complémentaires, devait être inséré dans

l'article 27 du projet de version révisée du Règlement (article 24 de la version de 1976), qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1 ("projet révisé d'article 27"). Il a été dit que le projet de version révisée de l'article 27 régissait la question générale des preuves et que le paragraphe 3 de l'article 28 traitait du pouvoir du tribunal arbitral de prier une partie de lui fournir des preuves. Il serait donc logique d'insérer le paragraphe 3 de l'article 28 dans le projet de version révisée de l'article 27. Il a été noté qu'une disposition comparable figurait dans le paragraphe 3 de l'article 34 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ("Règlement d'arbitrage du CIRDI"), qui portait sur les principes généraux en matière de preuves.

30. D'autres avis ont été exprimés, selon lesquels le paragraphe 3, du fait qu'il traitait du défaut de présentation des preuves, devait rester dans l'article 28. Sur le plan pratique, on a déclaré que l'insertion de ce paragraphe dans une disposition sur les preuves pouvait être source de confusion car celui-ci figurait initialement dans une disposition sur le défaut. Il a été dit en outre qu'aucune raison impérieuse ne semblait justifier le déplacement du paragraphe 3.

31. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail, constatant l'absence de consensus sur l'insertion du paragraphe 3 de l'article 28 dans le projet de version révisée de l'article 27, est convenu que ce paragraphe demeurerait à l'article 28.

"sans invoquer d'empêchement légitime"

32. Il a été souligné que le paragraphe 3 de l'article 28 faisait référence à la situation où aucun empêchement légitime n'était invoqué pour justifier le défaut de présentation des preuves, mais qu'il ne disait rien sur les cas où existait un empêchement légitime. Il a été proposé soit de supprimer ce paragraphe, soit de le compléter en ajoutant une disposition précisant que le tribunal arbitral pouvait tirer des conclusions défavorables lorsqu'une partie n'invoquait pas d'empêchement légitime. Il a été dit qu'il faudrait clairement indiquer si le défaut de présentation des preuves par une partie pouvait être utilisé en soi comme élément de preuve contre elle. Il a été ajouté que divers systèmes juridiques avaient des approches différentes à ce sujet et que le Règlement pouvait utilement donner des orientations supplémentaires sur cette question. Ces propositions ont recueilli peu de soutien. Il a été dit qu'énoncer clairement les conséquences d'un défaut de présentation des preuves compliquerait inutilement la disposition. Il a été souligné que la question de l'évaluation de l'importance des preuves était déjà traitée dans le projet de version révisée de l'article 27 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1. Il a été ajouté que cette disposition, dans son libellé actuel, guidait utilement les tribunaux arbitraux, n'avait pas posé de problèmes et reflétait la pratique actuelle.

33. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 3 de l'article 28, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était généralement acceptable quant au fond.

Clôture des débats

Article 29

Paragrapes 1 et 2

34. Il a été noté que le libellé des paragraphes 1 et 2 de l'article 29, tels que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, donnait l'impression que le tribunal arbitral pouvait clore les débats uniquement si les parties n'avaient plus aucune autre preuve à présenter ou déclaration à faire. Il a été précisé que telle n'était pas l'intention de cette disposition, car autrement les parties pourraient retarder la procédure en produisant des preuves ou d'autres éléments inutiles. Afin de remédier à cette situation, il a été proposé de remplacer les mots "faute desquels", au paragraphe 1, par une expression qui mentionnerait clairement le pouvoir du tribunal de se prononcer sur l'admissibilité des preuves ou par les mots "et, s'il n'y en a pas qu'il accepte". Il a été répondu que le paragraphe 4 de l'article 27, figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1, habilitait déjà le tribunal à juger "de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées", et qu'il n'était donc pas nécessaire de clarifier davantage le paragraphe 1.

35. Il a été déclaré aussi que l'article 29 ne reflétait pas la pratique actuelle et il a été proposé de le supprimer purement et simplement. Cette proposition n'a pas été appuyée.

36. Une autre proposition de modification de l'article 29 était de remplacer le mot "hearings" (débats) par "proceedings" (procédure) chaque fois qu'il apparaissait dans cet article. Il a été expliqué que cette modification n'entraînerait pas d'incohérence avec le paragraphe 1 a) de l'article 28 (tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1), lequel parlait de "termination of proceedings", alors que le paragraphe 1 de l'article 29 parlait de "closure". Des avis différents ont été exprimés au sujet de la proposition.

37. À l'appui de la proposition, il a été dit que le mot "proceedings" avait une portée plus large que le mot "hearings". À cet égard, il a été noté que le contenu de l'article 29 se référait en fait à la fin des débats. Il a été noté en outre que l'emploi du mot "proceedings" en lieu et place de "hearings" mettrait fin à toute incohérence entre la version anglaise et la version française du Règlement, cette dernière parlant en effet de "clôture des débats". Il a également été dit que cette modification constituerait une révision utile du Règlement, qui suivrait la terminologie employée par exemple dans le Règlement suisse d'arbitrage international ("Règlement suisse") et dans le Règlement de la CCI.

38. À l'encontre de la proposition, il a été dit que cette modification risquait d'être source d'incohérences avec d'autres dispositions du Règlement où le terme "proceedings" était employé dans une acception plus large, et de susciter des difficultés dans la pratique en raison du sens plus large qu'avait ce terme. À titre d'exemple, on a demandé si l'article 41, paragraphe 2 du Règlement, aux termes duquel le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires "au cours de la procédure (proceedings) d'arbitrage", serait encore interprété comme s'appliquant après la clôture des débats, si l'article 29 parlait de la clôture de la procédure (closing of the proceedings). Il a été dit que le mot "proceedings" avait dans le Règlement un sens plus large que "hearings". Il a aussi été dit que la distinction entre "closure" et "termination" risquait de ne pas être

claire pour tous les utilisateurs potentiels du Règlement. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait pour mandat de modifier le Règlement uniquement si une raison impérieuse le justifiait.

39. Il a été demandé si le mot "hearings" se limitait à la procédure orale ou pouvait aussi englober la présentation de témoignages par écrit. Il a été noté à cet égard que la Loi type établissait dans son article 24 une distinction entre "procédure orale" et "procédure écrite". Il a été proposé de modifier le titre de l'article 28 du projet de version révisée du Règlement (article 25 dans la version de 1976 du Règlement) figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1 ("projet de version révisée de l'article 28"), pour préciser que cet article se référait uniquement à la procédure orale, alors que le mot "hearings" employé à l'article 29 visait à la fois la présentation de preuves écrites et l'audition de témoins. Il a été dit que cette modification du titre du projet de version révisée de l'article 28 mériterait d'être étudiée plus avant. D'autre part, il a également été noté que la portée de ce que le tribunal peut "clore" en vertu de l'article 29 était clairement indiquée dans le texte actuel, qui se réfère à l'existence "des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire".

40. Après discussion, le Groupe de travail a jugé que l'article 29, tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était généralement acceptable quant au fond et qu'aucune modification ne devrait être apportée au titre du projet de version révisée de l'article 28, tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1.

Renonciation au droit de faire objection

Article 30

Proposition de passage à la forme affirmative

41. Il a été proposé de clarifier et de simplifier le texte de l'article 30, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, en le rédigeant à la forme affirmative comme suit:

"Une partie qui sait:

1. Qu'il y a eu manquement à l'une des dispositions du présent Règlement;
ou
2. Qu'il y a eu manquement à l'une des conditions énoncées dans la convention d'arbitrage, et poursuit l'arbitrage sans formuler d'objection dans un délai raisonnable, est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection."

42. La proposition n'a pas recueilli un large soutien. Il a été déclaré qu'elle s'écartait inutilement de l'approche adoptée dans la version originale de l'article 30, ainsi que de l'article correspondant dans la Loi type. En outre, a-t-on dit, non seulement elle modifiait le texte pour qu'il soit rédigé à la forme affirmative, mais employait aussi des termes différents tels que "dans un délai raisonnable" à la place de "promptement", ou "et" à la place de "bien qu'... néanmoins". Il a été dit que ces différences pouvaient avoir des incidences pratiques qu'il faudrait examiner plus avant.

43. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la forme négative de l'article 30 ne créait pas de difficultés et devait être conservée.

Connaissance effective – connaissance supposée

44. Il a été observé que la renonciation au droit de faire objection prévue à l'article 30, tel que figurant dans la version de 1976 du Règlement et dans la proposition de révision, se fondait sur la connaissance effective du manquement à une disposition du Règlement ou à une condition énoncée dans la convention d'arbitrage. Il a été dit qu'il était difficile, dans la pratique, de prouver la connaissance effective d'un manquement et que, dans certains pays, la connaissance effective faisait l'objet d'une interprétation restrictive, qui obligeait à prouver de façon spécifique que les faits étaient réellement connus. Il a par conséquent été proposé de dire "toute partie qui sait ou aurait dû savoir", afin de couvrir également la connaissance supposée du non-respect d'une disposition du Règlement ou d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage. Il a été indiqué que la connaissance supposée permettrait d'appliquer la disposition en cas de manœuvre procédurale ou de mauvaise foi intentionnelle d'une partie. Cette proposition, a-t-on dit, permettrait en outre d'appliquer la disposition dans les cas où la connaissance effective ne pouvait pas être prouvée.

45. Selon quelques avis exprimés, le libellé proposé engendrerait des problèmes et n'était pas couramment employé dans d'autres règlements d'arbitrage. On a dit qu'il pourrait être difficile d'évaluer la connaissance présumée du non-respect d'une disposition du Règlement, et plus difficile encore d'évaluer celle du non-respect d'une condition énoncée dans une convention d'arbitrage. On a dit que la connaissance supposée, dans cette disposition, posait problème au regard des conséquences très graves prévues dans cet article, à savoir qu'une partie perdrait son droit de faire objection. La modification proposée, a-t-on dit, introduisait une part de subjectivité et risquait peut-être même de placer les parties à une même procédure à des niveaux différents en fonction de l'expérience qu'elles-mêmes ou leur conseil avaient de l'arbitrage. Il a en outre été indiqué que, si elle était acceptée, cette modification pourrait entraîner des litiges au stade de l'exécution de la sentence. Il a aussi été dit que la Loi type comportait une disposition similaire dans son article 4, qui était fondée sur la connaissance effective du non-respect, et que toute modification de la disposition correspondante dans le Règlement pourrait être source de confusion pour les pays qui avaient adopté une législation basée sur la Loi type. Il a également été fait remarquer que, d'après les données du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT), très peu d'affaires se rapportaient à l'article 4 et les affaires dont il était rendu compte à propos de cet article n'avaient aucun rapport avec la question à l'étude.

46. La proposition tendant à traiter de la connaissance supposée dans l'article 30 a néanmoins été largement appuyée, car il a été jugé souhaitable de pouvoir régler de manière adéquate les cas de mauvaises intentions et de manœuvres procédurales. Il a été rappelé que la connaissance effective était un concept très restrictif, difficile à interpréter et prouver dans de nombreux pays. La renonciation présumée au droit de faire objection, telle qu'elle était prévue à l'article 30, n'était en aucun cas automatique, et des garanties suffisantes devaient être prévues pour que le tribunal tienne compte des circonstances dans lesquelles une partie s'était abstenue de faire objection au non-respect.

47. Pour répondre aux craintes exprimées par ceux qui préféraient limiter la renonciation au droit de faire objection sur la base d'une connaissance effective, diverses propositions ont été faites. Il a été proposé d'inclure, dans l'article 30, à

titre de compromis possible, une formulation du type “compte tenu du fait que les circonstances montrent qu’une partie avait connaissance de...”. Il a également été suggéré d’ajouter des mots pour couvrir le cas où une partie avait des “raisons légitimes” ou des “raisons valables” de ne pas faire objection. Ces propositions n’ont pas été appuyées.

48. L’article 33 du Règlement de la CCI a été cité comme un exemple de règlement d’arbitrage international qui contenait une disposition analogue sur la renonciation au droit de faire objection et s’abstenait de toute référence à la connaissance. Dans le même but d’éviter toute référence à la connaissance, il a été proposé de modifier le texte de l’article 30 comme suit: “L’autre partie soulève promptement des objections sur le non-respect d’une disposition du présent Règlement ou d’une condition énoncée dans la convention d’arbitrage.” On a cependant objecté qu’il serait injuste d’exclure des circonstances atténuantes qui expliqueraient que des objections n’aient pas été soulevées.

49. Selon une opinion, l’effet de la présomption dans l’article 30 était de renverser la charge de la preuve. Pour ne pas s’écarter de l’article 30 et néanmoins répondre aux préoccupations exprimées en rapport avec la connaissance effective, les propositions rédactionnelles suivantes ont été faites: “Une partie ne peut invoquer un manquement à une disposition du présent Règlement ou à une condition énoncée dans la convention d’arbitrage si elle n’a pas soulevé d’objection promptement. La présente disposition ne s’applique pas si la partie qui invoque le manquement n’en avait pas connaissance.” Il a été dit que cette proposition, qui s’inspirait de l’article 1027 du Code de procédure civile allemand (ZPO), avait le mérite de renverser la charge de la preuve et de prévoir les mesures de protection nécessaires pour éviter qu’une partie, agissant de bonne foi, ne soit privée de son droit de faire objection. Cette disposition se référait à la connaissance effective, comme dans la version de 1976 du Règlement, mais imposait la charge de la preuve à la partie qui se justifiait en disant ne pas avoir connaissance des faits. Une autre proposition a été présentée comme suit: “Une partie qui ne soulève pas rapidement des objections sur le non-respect d’une disposition du présent Règlement ou d’une condition énoncée dans la convention d’arbitrage est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection, à moins qu’elle ne puisse prouver que, en l’occurrence, l’absence d’objection était [justifiée] [excusable].” Il a été dit que la différence entre ces deux propositions résidait dans la question de savoir si la partie qui n’avait pas formulé d’objection pouvait invoquer la non-connaissance des faits ou les circonstances qui justifiaient l’absence d’objection.

50. On a estimé que les propositions contenues dans le paragraphe 49 ci-dessus permettraient de traiter le problème de la détermination de la connaissance effective de manière à guider utilement les parties et le tribunal arbitral et leur permettre d’y voir plus clair, et qu’elles méritaient d’être examinées.

51. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu’une version révisée de l’article 30, allant dans le sens des propositions visées au paragraphe 49 ci-dessus, devrait lui être proposée pour examen à une session future. Le Secrétariat a été prié de reformuler le texte, en tenant compte des suggestions faites.

Section IV. La sentence

Décisions

Article 31

Paragraphe 1

52. On a expliqué que le paragraphe 1 de l'article 31, tel que contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, proposait au Groupe de travail plusieurs options pour examen, conformément aux discussions de sa quarante-septième session (A/CN.9/641, par. 68 à 77). L'option 1 suivait le libellé de l'article 29 de la Loi type de manière à poser la "règle de la majorité" tout en permettant aux parties de ne pas l'appliquer. La variante 1 de l'option 2 disposait qu'en l'absence de majorité la sentence était rendue par le seul arbitre-président. La variante 2 de l'option 2 reprenait la proposition de n'appliquer la solution de l'arbitre-président que si les parties en étaient expressément convenues auparavant (les deux variantes traitaient de la "solution de l'arbitre-président").

53. On a fait observer que les options 1 et 2 ne s'excluaient pas mutuellement. On a donc proposé de structurer le paragraphe 1 de sorte qu'un premier alinéa pose la règle de la majorité, comme prévue dans la version de 1976 du Règlement. Si aucune décision ne pouvait être rendue à la majorité, la solution de l'arbitre-président serait alors prévue.

54. Il a été dit que, si une des variantes de l'option 2 était retenue, il faudrait supprimer les mots "sur le fond du litige" figurant dans les deux variantes, car lorsqu'ils étaient lus conjointement avec le paragraphe 2 de l'article 31, ils risquaient de susciter des incertitudes quant à savoir si les questions de compétence du tribunal ou de recevabilité de la demande étaient couvertes.

Option 1

55. L'option 1 a recueilli un large soutien. Il a été dit que la règle de la majorité devrait être la règle générale. Il a également été déclaré que c'était celle qui avait été adoptée dans la version de 1976 du Règlement et qu'elle avait contribué à l'applicabilité universelle de ce dernier, si bien qu'aucune modification n'était nécessaire. Il a été ajouté que l'option 1 répondait à l'attente des parties, qui souhaitaient que le tribunal arbitral prenne dûment en considération tous les points de vue. On a averti le Groupe de travail qu'une modification de la règle de la majorité posée dans la version de 1976 représenterait un écart majeur et risquait de modifier aussi la dynamique du processus de prise de décisions du tribunal. On s'est demandé si un problème qui ne se posait que rarement justifiait un tel changement. Il a également été souligné qu'en raison de la nature même du problème, il serait difficile de savoir avec quelle fréquence il se posait.

56. En ce qui concerne le texte lui-même, on a fait observer que les mots "sauf convention contraire des parties", qui étaient employés dans l'option 1 mais n'apparaissaient pas dans la version de 1976, étaient superflus car les parties pouvaient toujours déroger au Règlement.

57. Les partisans de la règle de la majorité, posée dans l'option 1, ont exprimé la crainte que la solution de l'arbitre-président, envisagée dans les deux variantes de l'option 2, n'aboutisse à la concentration des pouvoirs entre les mains d'une seule

personne, ce qui était risqué en particulier dans le cas d'un arbitre-président autoritaire. De plus, les parties se trouveraient dans une situation délicate si elles devaient s'opposer expressément à ce que l'arbitre-président fasse une proposition de décision, comme cela était proposé dans la variante 2 de l'option 2. Il a en outre été dit que l'option 2 n'offrait qu'une seule solution en cas de situation de blocage, alors qu'il pouvait y avoir bien d'autres solutions, comme la nomination d'un arbitre supplémentaire.

Option 2, variante 1

58. L'option 2, variante 1, a aussi été appuyée. Il a été dit que celle-ci constituerait un bon moyen d'inciter les arbitres à parvenir à une décision unanime. Il a aussi été déclaré que la règle de la majorité obligeait souvent l'arbitre-président à s'aligner sur l'arbitre le moins déraisonnable. On a fait observer à cet égard que l'impression de plus grande légitimité que donnait une décision prise à la majorité était fausse. La variante 1, a-t-on dit, avait l'avantage de proposer une solution à défaut de décision à la majorité, au lieu de laisser le choix aux parties. Cette solution, a-t-on déclaré, était souvent prévue dans les règlements d'arbitrage international, comme à l'article 25.1 du Règlement de la CCI, à l'article 26.3 du Règlement de la LCIA, et à l'article 61 du Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Pour répondre à la crainte que le pouvoir décisionnel ne soit concentré entre les mains de l'arbitre-président, on a dit que la nécessité pour ce dernier de statuer seul était rare.

Option 2, variante 2

59. À l'appui de l'option 2, variante 2, on a dit qu'elle constituait un bon compromis car elle érigeait en principe général la règle de la majorité tout en laissant ouverte la possibilité de recourir à la solution de l'arbitre-président. Il a été observé que cette approche reflétait plus fidèlement l'esprit du Règlement. Un autre avantage était, selon le Groupe de travail, que les parties connaissaient déjà la composition du tribunal arbitral lorsqu'elles optaient d'un commun accord pour la solution de l'arbitre-président. Il a été proposé, si cette variante était retenue dans le Règlement révisé, que la décision des parties concernant la solution de l'arbitre-président figure parmi les questions énumérées dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales.

60. Il a été proposé de fusionner les variantes 1 et 2 de sorte que la disposition soit rédigée à peu près comme suit "une sentence ou une autre décision est rendue par l'arbitre-président, sauf objection d'une partie". Cette proposition n'a pas été appuyée car, a-t-on dit, il faudrait alors apporter à cette disposition un certain nombre de précisions, par exemple sur le moment où l'objection peut être soulevée.

61. À l'issue de la discussion, faute de consensus en faveur de la modification du paragraphe 1 de l'article 31, le Groupe de travail est convenu de conserver ce paragraphe 1 tel que rédigé dans la version de 1976 du Règlement en remplaçant les mots "lorsque les arbitres sont au nombre de trois" par "en cas de pluralité d'arbitres". De nombreux représentants en faveur d'une disposition dans le Règlement révisé qui traiterait, de la manière proposée dans l'option 2, le cas où la règle de la majorité conduirait à un blocage, ont proposé de la présenter à la Commission comme alternative au texte actuel de l'article 31. Toutefois, cette proposition n'a pas été acceptée, le Groupe de travail jugeant préférable de

présenter à la Commission un texte unique, sans proposer d'alternative. En prenant cette décision, le Groupe de travail a souligné que les parties avaient la possibilité, dans de telles situations, de se mettre d'accord sur un autre mode de prise de décisions.

Paragraphe 2

62. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots “on her or his own” (seul) employés au paragraphe 2 de l'article 31 de la version de 1976 du Règlement par “alone” et a décidé que le paragraphe 2 de l'article 31, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était généralement acceptable quant au fond.

Forme et effet de la sentence

Article 32

Paragraphe 1

63. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise à une session précédente, selon laquelle il n'était pas nécessaire dans la pratique d'énumérer les différents types de sentences et il est convenu que la première phrase du paragraphe 1 de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, était utile pour préciser que le tribunal arbitral pourrait rendre des sentences sur différentes questions au cours de la procédure.

“questions” – “aspects”

64. On a exprimé la crainte que le mot “questions”, employé dans la première phrase du paragraphe 1, ne traduise pas exactement l'idée que le tribunal arbitral pouvait rendre des sentences partielles traitant seulement certains aspects d'une question. Afin d'éviter toute ambiguïté, il a été suggéré de remplacer le mot “questions” par les mots “aspects du litige”. Cette suggestion a recueilli un certain soutien. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver “questions” du fait, principalement, que ce terme, qui figurait par exemple à l'article 26.7 du Règlement de la LCIA, ne semblait pas avoir posé de problème et que, dans la pratique, la teneur de la sentence montrait clairement si seuls certains aspects d'une question avaient été traités. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le mot “questions” dans le paragraphe 1.

“le même statut et le même effet”

65. On s'est demandé si la seconde phrase du paragraphe 1 (“Lesdites sentences ont le même statut et le même effet que toute autre sentence rendue par le tribunal arbitral.”) était nécessaire. Selon l'avis qui a prévalu, cette phrase devrait être supprimée, car les sentences n'auraient pas nécessairement toutes le même statut ni le même effet. Par exemple, une sentence mettant fin à la procédure n'aurait pas le même effet qu'une sentence sur des mesures provisoires. En outre, il a été dit que l'emploi de l'expression “toutes les sentences” au paragraphe 2 garantissait que toutes les sentences seraient définitives, s'imposeraient aux parties et seraient exécutées par ces dernières sans délai.

66. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de supprimer la seconde phrase du paragraphe 1 de sorte que celui-ci serait libellé ainsi: “Le tribunal

arbitral peut rendre des sentences séparées sur différentes questions à des moments différents.”

Paragraphe 2

“sont définitives et s’imposent aux parties” (“final and binding”)

67. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s’il faudrait modifier la première phrase du paragraphe 2 de l’article 32, tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, pour clarifier le sens des mots “final and binding” (“sont définitives et s’imposent aux parties”). L’avis a été exprimé que l’emploi du mot “final” (définitives) risquait d’être source d’ambiguïté. Le qualificatif “final” pour une sentence pouvait être compris de différentes manières. Par exemple, il pourrait signifier que la sentence tranchait définitivement certaines demandes, mais pas toutes, que la sentence mettait fin à la procédure ou que le tribunal n’était plus autorisé à la réviser. Afin d’éviter cette ambiguïté, il a été proposé de supprimer le mot “final”. Il a également été proposé de le remplacer par un libellé du type suggéré au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, à savoir: “Une sentence est rendue par écrit et s’impose aux parties. Une fois rendue, une sentence n’est pas susceptible de révision par le tribunal arbitral, sous réserve des dispositions du paragraphe 6 de l’article 26 concernant les mesures provisoires prononcées sous forme de sentence, et des articles 35 et 36.”

68. Ces propositions n’ont pas été appuyées. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’à sa quarante-septième session, il était convenu d’envisager le caractère définitif et obligatoire de la sentence en ce qui concerne le tribunal arbitral, qui ne pouvait pas modifier la sentence après son prononcé; en ce qui concerne les parties, auxquelles s’imposait la sentence dès son prononcé; et en ce qui concerne les juridictions étatiques, qui se devaient de ne connaître d’aucun recours contre la sentence, sauf dans des cas exceptionnels justifiant son annulation (A/CN.9/641, par. 81). Il a été dit que l’expression “final and binding” était largement employée dans d’autres règlements d’arbitrage et n’avait pas posé problème dans la pratique. Il a été souligné que la suppression du mot “final” de cette expression consacrée susciterait des doutes dans l’esprit de nombreux utilisateurs et, partant, serait source de confusion.

69. Il a par ailleurs été proposé de dire au paragraphe 2, non pas “toutes les sentences” mais simplement “les sentences”. À l’encontre de la proposition, il a été déclaré que le pluriel avait été modifié pour parer à toute ambiguïté dans le cas où plusieurs sentences avaient été rendues. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’il venait de décider de supprimer la dernière phrase du paragraphe 1, au motif que son contenu était déjà reflété par l’emploi de l’expression “toutes les sentences” au paragraphe 2 (voir plus haut, par. 65).

70. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver l’expression “final and binding” dans la première phrase du paragraphe 2. Il a été noté que le mot anglais “final” était traduit différemment dans les versions espagnole et française du Règlement original, le texte espagnol parlant de sentence insusceptible d’appel (“*inapelable*”) et le texte français de sentence qui “n’est pas susceptible d’appel devant une instance arbitrale”. Il a été convenu d’aligner les différentes versions linguistiques.

*Renonciation au droit de recours**Principe général*

71. Le Groupe de travail a rappelé qu'à ses quarante-cinquième et quarante-septième sessions, il y avait eu accord général sur le principe selon lequel, dans le Règlement, les parties devraient être réputées avoir renoncé à tout droit éventuel de faire appel de la sentence ou d'exercer toute autre forme de recours devant les juridictions étatiques ou autres autorités compétentes concernant le fond de l'affaire ou tout point de fait ou de droit (A/CN.9/614, par. 114 et A/CN.9/641, par. 85 à 90). La nouvelle disposition sur la question aurait pour effet d'empêcher les parties d'utiliser les types de recours auxquels elles pouvaient librement renoncer (par exemple, dans certains systèmes, un appel sur un point de droit), mais non d'exclure les contestations de la sentence (par exemple, sur des points tels que le défaut de compétence, le vice de procédure ou tout autre motif d'annulation de la sentence énoncé à l'article 34 de la Loi type). Il a aussi été rappelé que des dispositions sur la renonciation au droit de recours existaient dans d'autres règlements d'arbitrage international, tels que le Règlement de la CCI (art. 28-6) et celui de la LCIA (art. 26-9).

72. À sa quarante-septième session, le Groupe de travail était convenu qu'il fallait éviter, dans la disposition sur la renonciation au droit de recours, de donner l'impression que les parties à l'arbitrage renonçaient également au droit de demander l'annulation de la sentence. Dans les ordres juridiques où une telle renonciation était possible, elle pouvait être exercée conformément au régime juridique applicable, mais le Règlement d'arbitrage ne devait pas aboutir à ce qu'elle intervienne de façon automatique ou simplement (et peut-être par inadvertance) parce que le litige était soumis au Règlement (A/CN.9/641, par. 90).

73. À sa session en cours, le Groupe de travail est convenu que la renonciation au droit de recours ne signifiait pas que les parties renonçaient au droit de s'opposer à l'exécution de la sentence prévu à l'article V de la Convention de New York et à l'article 36 de la Loi type. Il a confirmé que le terme "recours" employé dans la troisième phrase du paragraphe 2 de l'article 32 ne se référait en aucun cas à un motif de s'opposer à l'exécution de la sentence prévu dans la Convention de New York ou à l'article 36 de la Loi type, et renvoyait à ce sujet aux explications contenues dans le paragraphe 45 de la Note explicative établie par le secrétariat de la CNUDCI sur la Loi type. S'il régissait les voies de "recours" (autrement dit les moyens dont disposait une partie pour "attaquer" activement la sentence), l'article 34 de la Loi type n'interdisait pas à une partie de demander au juge d'intervenir lorsqu'elle était défenderesse dans une procédure d'exécution. Il a également été dit que le paragraphe 2 de l'article 32 du projet de Règlement mentionnait l'annulation de la sentence, du fait que le mot "recours" était employé dans le contexte de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, dont le titre parlait de la "demande d'annulation" comme "recours exclusif contre la sentence arbitrale". Il a été dit que les parties ne pouvaient être privées automatiquement d'un recours exclusif du simple fait qu'elles soumettaient leur litige à un arbitrage sous l'empire du Règlement, ce qui expliquait la référence, au paragraphe 2 de l'article 32, à un accord exprès des parties concernant la renonciation au droit de recours en annulation de la sentence.

74. Il a aussi été confirmé que le Groupe de travail n'entendait pas donner au mot "recours", employé dans la troisième phrase du paragraphe 2, le sens de motif pour s'opposer à l'exécution de la sentence, tel que la défense de l'immunité souveraine.

Remarques sur la rédaction de la disposition sur la renonciation au droit de recours

75. Le Groupe de travail a examiné la disposition du paragraphe 2 de l'article 32 sur la renonciation au droit de recours (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1), qui prévoyait que "[les parties] sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent y renoncer valablement. Il ne peut être renoncé au droit de demander l'annulation d'une sentence que si les parties en conviennent expressément."

76. Plusieurs craintes ont été exprimées au sujet de cette disposition. Il a été dit que l'étendue de la renonciation au droit de recours et les exceptions à cette renonciation étaient formulées d'une manière trop générale, ce qui risquait d'être source d'ambiguïté.

77. Il a été dit que les cinq phrases du paragraphe 2 à l'étude n'étaient pas reliées entre elles, ce qui était source de confusion. Il a été proposé pour régler ce problème de remanier les deux dernières phrases comme suit: "Les parties sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent y renoncer valablement. Toutefois, cette renonciation ne s'étend pas au droit de demander l'annulation d'une sentence, auquel il ne peut être renoncé que si les parties en conviennent expressément." Une autre proposition a été formulée comme suit: "Les parties sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent y renoncer valablement, mais elles ne peuvent renoncer au droit de demander l'annulation d'une sentence que si elles en conviennent expressément." Une autre proposition encore était de relier les troisième et quatrième phrases du paragraphe 2 comme suit: "Les parties s'engagent à exécuter sans délai toutes les sentences et sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant qu'elles puissent y renoncer valablement."

78. Selon une opinion, les mots "pour autant qu'elles puissent y renoncer" devraient être supprimés, car la question de l'interaction du Règlement avec les lois nationales était déjà traitée par le paragraphe 2 de l'article premier du Règlement (numéroté paragraphe 3 de l'article premier dans le projet de version révisée du Règlement contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154).

79. Concernant la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 32, il a été dit que le terme "annulation" ("setting aside") risquait de ne pas être compris de la même manière dans tous les pays. Par exemple, dans certains, l'application de cette disposition poserait problème car l'annulation était possible dans le cadre de la saisine d'une juridiction étatique sur le fond. Il a également été dit qu'on ne voyait pas bien si les contestations relatives à la compétence seraient exclues de la renonciation au droit de recours. Il a donc été proposé d'exclure expressément de la renonciation les décisions relatives à la compétence.

Proposition de suppression du projet de disposition sur la renonciation au droit de recours

80. Compte tenu des ambiguïtés et de la confusion que risquait d'entraîner l'adoption d'une disposition sur la renonciation au droit de recours, dont il était question aux paragraphes 75 à 78 ci-dessus, il a été proposé de supprimer cette disposition, car il ressortait clairement du reste du paragraphe 2 de l'article 32 que les parties étaient tenues d'exécuter sans délai la sentence, et qu'en cas d'appel ou autre recours, la loi applicable s'appliquerait. Cette proposition a suscité des objections au motif que le Groupe de travail avait déjà pris la décision de principe de modifier le Règlement en insérant une disposition sur la renonciation au droit de recours.

Portée limitée de la renonciation: renonciation aux appels sur le fond

81. Il a été proposé de faire une distinction, dans le texte, entre deux types de recours: les appels sur le fond, auxquels il pourrait être renoncé, et la contestation de la sentence dans le cadre d'une procédure d'annulation, qui, dans de nombreux pays, ne pouvait pas faire l'objet d'une telle renonciation. Dans l'approche proposée, les parties seraient réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer "toute forme d'appel sur le fond", et les mots "de révision ou de recours" seraient supprimés au motif qu'ils avaient un sens large et que le mot "recours" était employé dans le contexte du paragraphe 1 de l'article 34 de la Loi type.

82. Cette proposition a recueilli un certain appui. Il a été dit qu'elle clarifierait l'intention du Groupe de travail, qui était de prévoir la renonciation au droit d'exercer toute forme d'appel sur le fond, mais non la renonciation au droit d'exercer un recours concernant l'annulation de la sentence et la procédure d'exécution. La proposition s'efforçait de faire la distinction entre la renonciation, qui devrait être définie de manière restrictive, et les exceptions. Une autre solution consistait à utiliser la formule "tout appel ou recours au fond", car le mot "appel" ne serait peut-être pas compris de la même manière dans tous les pays, et le mot "recours" avait un sens plus large.

83. On a toutefois fait observer que cette proposition traitait de différents types de recours, qui pouvaient ne pas être compris de la même manière dans tous les pays. En introduisant des catégories, on risquait de ne pas énumérer tous les types de recours possibles, et l'interprétation de ces catégories risquait de ne pas être universellement partagée. En outre, il a été dit que les appels ou recours sur des questions de procédure n'étaient pas clairement couverts dans cette proposition.

Large portée de la renonciation au droit de recours

84. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 devait prévoir une renonciation au droit d'exercer tout appel, révision ou recours, et être rédigé de manière à éviter toute confusion quant à la portée de la renonciation. Afin de ne pas avoir à énumérer les recours exclus de la renonciation, il a été proposé d'adopter une disposition qui pourrait être formulée comme suit: "Les parties sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant que cette renonciation puisse être faite et ne requière pas un accord exprès." Cette proposition a suscité des objections au motif qu'elle obligerait les parties à se plonger dans les

détails des lois applicables et irait à l'encontre des objectifs d'harmonisation du Règlement. Il a été dit qu'il serait préférable de définir clairement la portée de la renonciation dans le Règlement, de sorte que les parties n'aient pas à déterminer si et dans quelles conditions la loi applicable autorisait une telle renonciation. Il a également été dit que cette proposition mettait l'accent sur la question de savoir si la loi applicable exigerait l'accord exprès des parties pour que la renonciation soit valable, alors que cette question n'était pas nécessairement réglée dans tous les pays.

85. Afin de définir de manière large les types de recours auxquels il était renoncé et d'énoncer clairement les exceptions, il a été proposé de rédiger la disposition à peu près comme suit: "En adoptant le présent Règlement, les parties renoncent à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autorité compétente, à l'exception du droit de demander l'annulation d'une sentence." Cette proposition a été largement appuyée. Il a été dit que le texte proposé répondait au souci exprimé pendant la discussion de voir la portée définie de manière claire et précise et d'éviter toute interférence avec les lois applicables. Le texte ne mentionnait pas la présomption de renonciation, mention qui était jugée inutile.

86. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la proposition figurant au paragraphe 84 ci-dessus devrait être incluse dans une version révisée du Règlement, pour qu'il l'examine à une session ultérieure, étant entendu, toutefois, que quelques délégations s'étaient formellement opposées à ce que le Règlement soit modifié sur ce point et qu'une délégation avait demandé à ce que la proposition soit mise entre crochets

Paragraphe 3, 4 et 6

87. Le Groupe de travail a décidé que les paragraphes 3, 4 et 6 de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 étaient généralement acceptables quant au fond.

Paragraphe 5

88. Il a été proposé de compléter le paragraphe 5 en y insérant des dispositions pour rappeler aux parties qu'elles pouvaient s'entendre sur les modalités de publication de la sentence. Cette proposition n'a pas été appuyée.

89. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 5 de l'article 32 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 7

90. Le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait prise à sa quarante-septième session de supprimer le paragraphe 7 de l'article 32 qui figurait dans la version de 1976 du Règlement (A/CN.9/641, par. 105).

Loi applicable, amiable compositeur**Article 33***Paragraphe 1*

91. Le Groupe de travail a noté qu'il était convenu que le tribunal arbitral appliquerait les règles de droit désignées par les parties et qu'il faudrait donc employer les mots "règles de droit" et non le mot "loi" dans la première phrase du paragraphe 1 de l'article 33 (A/CN.9/641, par. 107). Il est convenu que le paragraphe 1 indiquerait que, à défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal appliquerait la "loi", et non les "règles de droit", qu'il jugerait applicable, comme le faisait l'article 28, paragraphe 2, de la Loi type (A/CN.9/641, par. 108 et 109).

Règles de droit désignées par les parties

92. Il a été suggéré de préciser que, lorsque les parties désignaient le droit ou le système juridique d'un État, il fallait entendre par là qu'elles désignaient le droit matériel de cet État et non ses règles de conflit de lois. Il a été dit que l'article 28, paragraphe 1, de la Loi type contenait une disposition analogue. Après discussion, le Groupe de travail a estimé que cet ajout n'était pas nécessaire dans le Règlement.

Loi appliquée par le tribunal arbitral

93. En ce qui concerne la loi que le tribunal arbitral devrait appliquer au fond du litige dans le cas où les parties ne désigneraient pas de règles de droit, le Groupe de travail a examiné deux variantes, proposées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1. Il a été dit que les deux constituaient des règles de conflit matérielles.

94. La variante 2, qui laissait au tribunal arbitral un large pouvoir d'appréciation en lui permettant d'appliquer la loi qu'il jugeait appropriée, a recueilli un large soutien. Il a été dit que cette variante offrait une solution souple qui, si elle était adoptée, moderniserait le Règlement en autorisant le tribunal à décider directement de l'applicabilité de la loi appropriée.

95. Il a été proposé de limiter le pouvoir dont disposait le tribunal pour déterminer la loi la plus appropriée ou de fixer à son intention des principes directeurs supplémentaires. Cette proposition visait les règles de conflit de lois. Il a aussi été suggéré d'insérer une disposition indiquant que le tribunal devrait déterminer la loi appropriée de manière objective et raisonnable. On a proposé à cette fin d'ajouter une formule du type "en se fondant sur des critères objectifs" à la fin du paragraphe 1, ou éventuellement de fusionner les variantes 1 et 2. À cela, on a répondu que le large pouvoir d'appréciation conféré au tribunal pour déterminer la loi appropriée s'inscrivait dans les limites de l'obligation qui lui était faite, à l'article 32, paragraphe 3, du Règlement de rendre une sentence motivée. Il a été généralement estimé que le Règlement prévoyait des garanties suffisantes sur ce point.

96. Il a été avancé que la disposition, en se référant à l'application de la "loi" jugée appropriée, pouvait être interprétée comme limitant le choix du tribunal à une seule loi. Cela pourrait, a-t-il été souligné, avoir un impact sur le caractère exécutoire de la sentence. Or, dans l'arbitrage international, il n'était pas rare que plusieurs lois doivent être appliquées pour traiter différentes questions, comme la

capacité ou les questions touchant aux sociétés. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a été d'avis que la disposition était libellée en termes assez généraux et qu'il était entendu que le tribunal pourrait appliquer différentes lois, selon la question à trancher.

Paragraphe 2

97. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 de l'article 33 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

“tout” et “tous”

98. Il a été souligné que le paragraphe 3 de l'article 33 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 avait été modifié pour clarifier l'applicabilité du Règlement dans les cas où le litige ne découlait pas nécessairement d'un contrat, en faisant référence à “tout contrat applicable” et à “tous usages du commerce”. Il a été dit que le libellé du paragraphe 3 n'était peut-être pas suffisant pour clarifier la disposition. Une meilleure solution, a-t-on déclaré, serait de reformuler le paragraphe à peu près comme suit: “Dans tous les cas, le tribunal arbitral tranche conformément aux clauses du contrat, s'il en existe un, et tient compte de tous usages du commerce applicables à l'opération.” Cette proposition a été appuyée.

“accord” – “contrat”

99. Il a été demandé si le mot “contrat” était suffisamment large pour englober tous les types d'accords sur lesquels pouvait se fonder une opération. Afin d'élargir la portée de la disposition, il a été proposé de remplacer le mot “contrat” par “accord”. Il a été expliqué que dans certains pays le mot “contrat” était défini de manière restrictive, alors que le mot “accord” était compris comme englobant les contrats et d'autres formes d'accords sur lesquels se fondaient généralement les opérations commerciales. On a cependant objecté que dans certains pays un contrat avait force obligatoire en droit, ce qui n'était pas nécessairement le cas d'un accord. Il a aussi été dit que le terme “contrat” était employé dans la disposition correspondante de la Loi type ainsi que dans la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961, et que l'emploi d'une terminologie différente risquait de poser des problèmes aux pays qui avaient adopté une législation arbitrale fondée sur la Loi type ou qui étaient parties à la Convention. On a ajouté que le terme “contrat” était employé constamment dans le Règlement, et qu'il serait peut-être malvenu d'utiliser une terminologie différente à l'article 33, paragraphe 3. Une autre proposition était d'ajouter les mots “ou tout autre instrument juridique” après “contrat” pour reprendre la terminologie adoptée par le Groupe de travail lorsqu'il avait révisé les articles 3 et 18 du Règlement. Cette proposition n'a pas été appuyée car le terme “instruments juridiques” serait compris comme englobant, entre autres, les traités relatifs aux investissements dont l'application n'est pas censée être réglementée par ce paragraphe.

100. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 3 de l'article 33 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 serait modifié comme proposé au paragraphe 97 ci-dessus.

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

Article 34

Paragraphe 1

101. Il a été proposé de modifier la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 34 comme suit: "Le tribunal arbitral n'est pas obligé de motiver cette sentence ou le refus de rendre cette sentence", afin de tenir compte des situations où le tribunal refuserait de rendre une sentence pour des raisons légitimes, par exemple, si le prononcé de la sentence était contraire à l'ordre public. Cette proposition n'a pas été appuyée. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 de l'article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

102. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait peut-être modifier le libellé du paragraphe 2 de l'article 34 tel que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 afin d'assurer une cohérence avec la décision qu'il avait adoptée, en relation avec le paragraphe 1 a) de l'article 28, de ne plus limiter le pouvoir du tribunal au simple fait d'ordonner la clôture de la procédure (voir par. 22 à 26 ci-dessus). Il a prié le Secrétariat de reformuler l'article 34-2 afin qu'il l'examine à une session future.

Paragraphe 3

103. Le Groupe de travail est convenu que la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 34 devrait faire référence aux paragraphes 2, "4 et 5" de l'article 32, au lieu des paragraphes 2, "4 à 6", car la disposition contenue dans le paragraphe 6 de l'article 32 figurait déjà dans le paragraphe 3. Sous réserve de cette modification, il a décidé que le paragraphe 3 de l'article 34 tel que contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Interprétation de la sentence

Article 35

Paragraphe 1

104. Il a été proposé de compléter le paragraphe 1 de l'article 35 pour préciser que le tribunal pourrait se limiter à interpréter un passage de la sentence seulement, dans le sens de la disposition correspondante de la Loi type. Cette proposition n'a pas été appuyée et le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 1 de l'article 35 contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

105. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 de l'article 35 contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 était généralement acceptable quant au fond.

Rectification de la sentence**Article 36***Délai*

106. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si l'article 36 devait prévoir un délai pour la rectification, par le tribunal arbitral, d'une sentence à la demande d'une partie. Il a été dit qu'un tel délai était prévu au paragraphe 2 de l'article 35 du Règlement, qui traitait de l'interprétation d'une sentence par le tribunal. Le Groupe de travail est généralement convenu que le même principe devait s'appliquer lorsqu'il était demandé au tribunal de rectifier une sentence. Les avis ont divergé sur la question de savoir s'il fallait prévoir, pour une demande de rectification, un délai de 45 jours, comme au paragraphe 2 de l'article 35 du Règlement, ou de 30 jours, comme au paragraphe 2 de l'article 33 de la Loi type.

107. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait modifier l'article 36 et prévoir, pour la rectification, un délai de 45 jours. Il a été précisé que ce délai ne s'appliquait que lorsqu'une partie demandait une rectification, et non lorsque le tribunal arbitral faisait ces rectifications de sa propre initiative. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer une version révisée de l'article 36 en tenant compte de cette discussion.

“une partie”

108. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 de l'article 36 ferait référence à “une partie”, plutôt qu'à “une partie quelconque”, pour aligner le libellé de l'article 36 sur celui de l'article 37 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

portée des omissions

109. On s'est demandé si le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 36 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 précisait suffisamment la portée des omissions qui pouvaient être rectifiées. Il a été rappelé au Groupe de travail que le mot “omission” avait été ajouté pour tenir compte de situations dans lesquelles, par exemple, un arbitre omettait de signer la sentence ou d'en indiquer le lieu. L'intention n'était pas de couvrir les omissions portant sur le fond, et l'on s'est demandé s'il fallait préciser ce point. On a également fait remarquer qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article 32, une sentence devait porter mention de la date à laquelle elle avait été rendue et indiquer le lieu de l'arbitrage. En réponse à une question portant sur la relation entre le paragraphe 4 de l'article 32 et l'article 36 du Règlement, il a été dit que, dans certains pays, une sentence ne portant pas mention de la date et du lieu n'était pas considérée comme une sentence et que, dans ce cas, l'article 36 ne serait pas applicable. Il a été indiqué que les questions de la qualification d'une sentence étaient traitées dans la loi applicable.

110. Il a aussi été dit que les mots “de même nature”, qui figuraient dans la première phrase du paragraphe 1 après le mot “omission”, exprimaient le sens recherché et permettaient de manière adéquate et suffisante d’appliquer la décision du Groupe de travail tendant à inclure le mot “omission” au paragraphe 1 de l’article 36.

“fait partie intégrante de la sentence”

111. On a fait observer que le paragraphe 2 de l’article 35 du Règlement disposait que “l’interprétation fait partie intégrante de la sentence”. On s’est demandé s’il ne faudrait pas insérer une disposition similaire au paragraphe 2 de l’article 36 pour préciser que la rectification d’une sentence faisait également partie intégrante de la sentence. Il a été dit qu’une telle disposition créerait des difficultés, en particulier avec les délais de recours, en fonction de la date qui était retenue pour la sentence rectifiée. En réponse, il a été souligné que la législation nationale applicable en matière d’arbitrage régirait cette question et que ce n’était pas au Règlement de la traiter. On a également fait observer que plusieurs règlements d’arbitrage internationaux contenaient une disposition similaire.

112. Après un débat, le Groupe de travail est convenu, malgré l’opposition d’une délégation, de disposer dans l’article 36 que les rectifications feraient également partie intégrante de la sentence.

Sentence additionnelle

Article 37

113. L’attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que l’article 37 se limitait aux “sentences additionnelles”. Il a été dit que cette disposition ne s’appliquerait donc pas dans le cas où le tribunal arbitral rendrait une ordonnance de clôture et où une partie souhaiterait lui demander de prendre une décision additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure, mais qu’il avait omis.

114. Diverses propositions ont été faites pour résoudre cette question. Il a été suggéré d’insérer au paragraphe 3 de l’article 40 un libellé disposant que l’article 37 s’appliquerait par analogie. Cette proposition a été peu appuyée.

115. Il a été suggéré de modifier le libellé du paragraphe 1 de l’article 37 pour qu’il se lise de la façon suivante: “Dans les trente jours de la réception de la sentence ou de l’ordonnance de clôture, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence ou une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d’arbitrage mais n’ayant pas fait l’objet d’une décision du tribunal arbitral.” Cette proposition a été appuyée car elle offrait une solution aux parties si le tribunal arbitral omettait de traiter toutes les questions dans l’ordonnance de clôture. Une autre proposition a été de régler ce problème en adoptant une approche plus générale selon laquelle le paragraphe 2 de l’article 34 disposerait que l’ordonnance de clôture aurait l’effet ou le caractère juridique d’une sentence. Il a été suggéré d’insérer, dans ce paragraphe, un libellé du type “Aux fins de l’article 37, une ordonnance de clôture sera traitée comme une sentence.” Cette approche a aussi été appuyée.

116. Les deux propositions contenues dans le paragraphe 115 ci-dessus ont été appuyées et le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de les inclure entre

crochets dans la version révisée du Règlement pour qu'il puisse les examiner à une session ultérieure. Les institutions d'arbitrage internationales ayant une expérience du traitement des ordonnances de clôture et des questions se posant dans ce cadre sont invitées à fournir des informations au Secrétariat.

Frais

Article 38

117. Il a été demandé si la première phrase de l'article 38, telle que figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, devrait aussi mentionner "les ordonnances de clôture et les sentences d'accord parties". Il a été souligné que le paragraphe 3 de l'article 40 traitait déjà de ce sujet. Le Groupe de travail s'est demandé si les articles 38 et 40 devraient être restructurés, afin d'éviter tout chevauchement.

118. Il a été dit que l'article 38 donnait au tribunal arbitral le pouvoir de rendre une sentence sur les frais et définissait le terme "frais", tandis que l'article 40 traitait des questions de répartition des frais, de fixation des frais dus en vertu d'une ordonnance de clôture ou d'une sentence d'accord parties et des honoraires dans le cadre de l'interprétation ou la rectification d'une sentence. On a craint que le fait de réglementer, dans une disposition, les frais dans le cadre des sentences, des ordonnances de clôture et des sentences d'accord parties pourrait provoquer incertitude et ambiguïté.

119. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être nécessaire d'examiner dans quelle mesure les deux dispositions pourraient se chevaucher et est convenu qu'il faudrait peut-être revenir sur cette question une fois terminé l'examen des articles 38 à 40.

"une sentence – toute sentence"

120. Il a été dit que le tribunal arbitral pourrait fixer les frais d'arbitrage dans plusieurs sentences, et le Groupe de travail est convenu qu'une version révisée de l'article 38 devrait clarifier cette question.

"honoraires indiqués séparément"

121. Il a été demandé si les honoraires du tribunal arbitral devraient être indiqués séparément pour chaque arbitre, comme prévu actuellement à l'alinéa a) de l'article 38. Il a été répondu que cette approche, qui était celle de la version de 1976 du Règlement, s'était révélée utile en particulier pour discipliner les arbitres et éviter des frais exagérés.

Article 39

Paragraphe 2

122. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans le paragraphe 2 de l'article 39, les mots "a publié ou adopté" par "a déclaré qu'elle appliquerait", cette formulation tenant mieux compte des cas où une autorité de nomination applique un barème d'honoraires défini par d'autres autorités ou règlements.

Paragraphe 3

123. On a exprimé la crainte que la référence au mot “modalités” employé au paragraphe 3 de l’article 39, tel qu’il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, pourrait ne pas être suffisamment clair, et il a été proposé de modifier la première phrase de ce paragraphe comme suit: “Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral indique aux parties la manière dont il propose de fixer les honoraires de ses membres.” Cette proposition a été appuyée.

124. Il a aussi été proposé de modifier la seconde phrase du paragraphe 3 de l’article 39 en remplaçant les mots “expose le mode de calcul des sommes dues, conformément à ces modalités” par “indique comment il a calculé les honoraires”. Il a été dit que cette proposition visait à éviter que les parties puissent alléguer que le calcul des honoraires n’était pas conforme au mode convenu et à limiter le risque de litiges abusifs qui pourraient découler de la formulation actuelle. On a fait aussi observer que le mode convenu après la constitution du tribunal pourrait ne pas forcément s’appliquer à la fin de la procédure, en particulier lorsqu’une partie en réfère à une autorité de nomination ou au Secrétaire général de la CPA, comme prévu au paragraphe 4 de l’article 39. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé d’ajouter à la fin du paragraphe 3 de l’article 39, les mots “fixé par les parties ou toute autre autorité ayant pris une décision sur cette question”. Le Groupe de travail est convenu qu’il faudrait examiner cette question plus avant à une session ultérieure.

125. On a fait observer que le paragraphe 3 devrait être modifié pour que la référence à l’article 38 figurant dans la deuxième phrase se limite à son alinéa a) et que les mots “frais d’arbitrage” soient remplacés par les mots “honoraires du tribunal arbitral”. Il a été demandé si les frais de déplacement figurant à l’alinéa b) de l’article 38, ou les frais d’expertise figurant à son alinéa c) devraient également être inclus, dans la mesure où ils pourraient faire l’objet d’un accord entre le tribunal arbitral et les parties. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l’examen de cette question à une session ultérieure.

Paragraphe 4

126. Diverses préoccupations ont été exprimées au sujet de l’article 39 et différentes questions ont été soulevées pour examen lors d’une session ultérieure. Il a été dit que la chronologie des événements donnée dans le paragraphe 4 pourrait nécessiter une révision. On s’est demandé si une modification des honoraires devrait être considérée comme faisant partie de la sentence, ceci pouvant avoir pour conséquence une prise de retard dans l’exercice d’éventuelles voies de recours. Il a été souligné que la décision du tribunal sur les frais devrait revêtir une forme qui puisse être révisée. On s’est aussi demandé si toute décision sur les frais devrait faire l’objet d’une sentence séparée. Il a été proposé de soumettre à examen d’autres questions, telles que la façon de traiter les demandes de provision et les paiements provisoires.

**B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges
commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,
soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
à sa cinquante et unième session
(A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-3
II. Remarque générale	4
III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	5-47
Section III. Procédure arbitrale (article 20 à article 28)	5-47
 Annexe	
Tableau de correspondance	

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les activités futures du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement")¹.

2. Le Groupe de travail a commencé à réviser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI à sa quarante-cinquième session² et a achevé une première lecture du projet de version révisée du Règlement lors de ses quarante-sixième à quarante-huitième sessions³, sur la base du document A/CN.9/WG.II/WP.145 et de son additif. À ses quarante-neuvième et cinquantième sessions⁴, le Groupe de travail a procédé à une deuxième lecture du projet de version révisée du Règlement, jusqu'à l'article 26, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.151 et son additif.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

² Le rapport de la quarante-cinquième session du Groupe de travail (Vienne, 11-15 septembre 2006) a été publié sous la cote A/CN.9/614.

³ Les rapports des quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007), quarante-septième (Vienne, 10-14 septembre 2007) et quarante-huitième (New York, 4-8 février 2008) sessions du Groupe de travail ont été publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/619, A/CN.9/641 et A/CN.9/646.

⁴ Les rapports des quarante-neuvième (Vienne, 15-19 septembre 2008) et cinquantième (New York, 9-13 février 2009) sessions du Groupe de travail ont été publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/665 et A/CN.9/669.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée des articles 18 à 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (renumérotés 20 à 28, voir par. 4 ci-après), qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa cinquantième session. Le projet annoté de version révisée des articles 1 à 17 du Règlement (renumérotés 1 à 19) figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154. Sauf indication contraire, les délibérations du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à sa cinquantième session.

II. Remarque générale

Numérotation des articles

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les articles de la version révisée du Règlement devraient être renumérotés comme il est proposé dans le document A/CN.9/WG.II/WP.154 et dans le présent additif. Les renvois contenus dans les projets d'articles ont été modifiés en conséquence. Si le Groupe de travail décide que les articles devraient être renumérotés, il souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'inclure dans la version révisée du Règlement un tableau, ainsi qu'il est proposé dans une annexe du document A/CN.9/WG.II/WP.154 et dans le présent additif, montrant la correspondance entre les articles de la version de 1976 du Règlement et ceux de la version révisée.

III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section III. Procédure arbitrale

Requête

Article 20

1. Le demandeur adresse sa requête écrite au défendeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Le demandeur peut décider de considérer sa notification d'arbitrage visée au paragraphe 3 de l'article 3, comme une requête, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.
2. La requête comporte les indications ci-après:
 - a) Les noms et coordonnées des parties;
 - b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;
 - c) Les points litigieux;
 - d) L'objet de la demande;
 - e) Les moyens de droit ou arguments invoqués.
3. Une copie de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et de la convention d'arbitrage doit être jointe à la requête.

4. Dans la mesure du possible, la requête devrait être accompagnée par toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou mentionner celles-ci.

Remarques sur le projet d'article 20 [article 18 de la version de 1976 du Règlement]

Paragraphe 1

5. La dernière phrase du paragraphe 1 traite de la situation où le demandeur décide de considérer sa notification d'arbitrage comme une requête (A/CN.9/669, par. 19). Les mots "pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article" ont été ajoutés à la fin du paragraphe 1 pour préciser qu'une notification d'arbitrage considérée comme une requête devait respecter aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2 à 4 du projet d'article 20. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond (A/CN.9/669, par. 20 à 22).

Paragraphe 2

6. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 sans modification (A/CN.9/669, par. 23).

Paragraphes 3 et 4

7. Le Groupe de travail est convenu que le mot "evidence (preuves)", qui était employé dans la deuxième phrase du paragraphe 3 et figurait dans la version anglaise de 1976 du Règlement, devrait être conservé et remplacer les mots "evidentiary materials (éléments de preuve)" proposés dans des versions antérieures de cet article (A/CN.9/669, par. 24). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond.
8. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "duquel est né le litige ou auquel il se rapporte" ont été ajoutés pour préciser de quel contrat ou instrument juridique une copie devait être jointe à la requête.
9. La disposition du paragraphe 4 constituait la deuxième phrase du paragraphe 3 dans la version précédente du Règlement révisé. Pour plus de clarté, il est proposé d'en faire un paragraphe distinct (voir ci-après, par. 13).

Réponse

Article 21

1. Le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Le défendeur peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage visée à l'article 4 comme une conclusion en défense, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article.
2. Le défendeur répond aux alinéas b), c), d) et e) de la requête (art. 20, par. 2). Dans la mesure du possible, la réponse est accompagnée par toutes pièces ou autres preuves invoquées par le défendeur ou mentionne celles-ci.
3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le

défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un droit comme moyen de compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître.

4. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 de l'article 20 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation.

Remarques sur le projet d'article 21 [article 19 de la version de 1976 du Règlement]

Paragraphe 1

10. La dernière phrase du paragraphe 1 traite du cas où le défendeur décide de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage comme une conclusion en défense. Les mots "pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article", qui ont été ajoutés à la fin de cette phrase (A/CN.9/669, par. 25), font pendant à la modification adoptée au paragraphe 1 du projet d'article 20 (voir par. 5 ci-dessus). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2

11. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond et confirmé, par souci de cohérence avec le paragraphe 3 du projet d'article 20, que le mot "evidence (preuves)", tel qu'il était employé dans la version anglaise de 1976 du Règlement, devrait être conservé (voir par. 7 ci-dessus) (A/CN.9/669, par. 26).

Paragraphe 3

12. Le paragraphe 3 reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel était fondée la demande principale et s'appliquer dans un éventail de situations plus large (A/CN.9/669, par. 27). Pour étendre cette compétence, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "fondés sur le même contrat" à l'endroit où ils figurent dans la version initiale du paragraphe 3 et d'ajouter les mots suivants à la fin du paragraphe 3: "à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond (A/CN.9/669, par. 27 à 32).

Paragraphe 4

13. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 4 sans modification (A/CN.9/669, par. 33). Une référence aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 20 a été ajoutée pour tenir compte du souhait du Groupe de travail que, conformément au paragraphe 4 de l'article 19 de la version de 1976 du Règlement, une demande reconventionnelle ou un droit invoqué comme moyen de compensation soit, dans la mesure du possible, accompagné par toutes pièces ou autres preuves invoquées par le demandeur ou mentionne celles-ci.

Modifications de la requête ou de la réponse

Article 22

Au cours de la procédure arbitrale, une partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse, y compris une demande reconventionnelle ou un droit invoqué comme moyen de compensation, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement ou complément en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait aux autres parties ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ou une réponse, y compris une demande reconventionnelle ou un droit invoqué comme moyen de compensation, ne peut être modifiée ou complétée au point qu'elle sorte du champ de compétence du tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 22 [article 20 de la version de 1976 du Règlement]

14. Le Groupe de travail est convenu que, à la suite de la modification adoptée au paragraphe 3 du projet d'article 21 (voir par. 12 ci-dessus), la dernière phrase du projet d'article 22 devrait être modifiée en conséquence pour parler non pas du "cadre de la convention d'arbitrage" mais de la "compétence du tribunal arbitral" (A/CN.9/669, par. 34).

15. Le Groupe de travail est convenu également d'ajouter les mots "ou une réponse" dans la deuxième phrase du projet d'article 22 afin d'aligner celle-ci sur la première phrase de l'article (A/CN.9/669, par. 35).

16. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait, par souci de cohérence:

- D'ajouter les mots "un droit invoqué comme moyen de compensation" après les mots "une demande reconventionnelle [ou]" dans les deux phrases du projet d'article 22;
- D'ajouter dans la version anglaise les mots "or supplement" après le mot "amendment" dans la première phrase et les mots "or supplemented" après le mot "amended" dans la seconde phrase du projet d'article 22.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Article 23

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle ou d'invocation d'un droit comme moyen de compensation, de la réplique. Le fait pour une partie d'avoir nommé un arbitre ou d'avoir participé à sa nomination ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la

procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Il peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute contestation relative à sa compétence pendante devant une juridiction étatique.

Remarques sur le projet d'article 23 [article 21 de la version de 1976 du Règlement]

Paragraphe 1

17. Le paragraphe 1 reflète l'opinion exprimée dans le Groupe de travail selon laquelle la version de 1976 des paragraphes 1 et 2 de l'article 21 devait être reformulée dans le sens du paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage") (A/CN.9/669, par. 36 à 39). Conformément aux décisions du Groupe de travail, dans la dernière phrase du paragraphe 1, les mots "and void" qui apparaissaient après le mot "null" ont été supprimés (A/CN.9/669, par. 40 à 43) et le mot "automatically" est employé en lieu et place des mots "*ipso jure*". [La locution "*ipso jure*" est conservée dans la version espagnole du Règlement révisé; l'expression appropriée dans la version française du Règlement serait "de plein droit" (A/CN.9/669, par. 44).] Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2

18. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 sans modification (A/CN.9/669, par. 45).

Paragraphe 3

19. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 3 sans modification (A/CN.9/669, par. 46).

Autres pièces écrites

Article 24

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

Remarques sur le projet d'article 24 [article 22 de la version de 1976 du Règlement]

20. Le projet d'article 24, repris tel quel de la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail sans modification (A/CN.9/669, par. 47).

Délais

Article 25

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.

Remarques sur le projet d'article 25 [article 23 de la version de 1976 du Règlement]

21. L'article 25, repris tel quel de la version de 1976 du Règlement, a été adopté quant au fond par le Groupe de travail sans modification (A/CN.9/669, par. 48).

Mesures provisoires

Article 26

1. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.
2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie y compris, mais non exclusivement:
 - 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, i) un préjudice immédiat ou imminent ou ii) 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 une 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 du différend. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.
4. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire 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. Aucune disposition du présent Règlement n'a pour effet de créer un droit, ou de limiter un droit pouvant exister en dehors du Règlement, pour une partie de demander au tribunal arbitral, ni un pouvoir pour le tribunal arbitral de prononcer, dans les deux cas sans le notifier préalablement à une partie, une ordonnance préliminaire enjoignant à la partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.
6. Le tribunal arbitral peut modifier ou peut suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu'il a prononcée à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de la notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.
7. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.
8. 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 provisoire a été demandée ou prononcée.
9. La partie qui demande une mesure provisoire peut être responsable de tous les frais ou de tous les dommages causés par la mesure à une partie quelconque si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.
10. Une demande de mesure provisoire adressée par une partie quelconque à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

Remarques sur le projet d'article 26 [article 26 de la version de 1976 du Règlement]

22. Il est proposé de placer le projet d'article 26 sur les mesures provisoires avant les dispositions relatives aux preuves, aux audiences et aux experts, afin de regrouper ces dispositions (A/CN.9/669, par. 85).
23. Les paragraphes 1 à 4 et 6 à 9 s'inspirent des dispositions relatives aux mesures provisoires figurant au chapitre IV A de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. Le paragraphe 5 traite de la question des ordonnances préliminaires et le paragraphe 10 correspond au paragraphe 3 de l'article 26 de la version de 1976 du Règlement, que le Groupe de travail est convenu de conserver dans la version révisée du Règlement (A/CN.9/641, par. 52). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait préférable de placer la version révisée du paragraphe 5 avant le paragraphe 10, de sorte que les paragraphes 1 à 8 traitent des mesures provisoires prononcées par des tribunaux arbitraux, le paragraphe 9 des ordonnances préliminaires prononcées par des tribunaux arbitraux conformément à la loi applicable ou à d'autres instruments applicables, et le paragraphe 10 des mesures provisoires demandées par une partie à une juridiction étatique.

Paragraphe 1

24. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 1 sans modification (A/CN.9/669, par. 91).

Paragraphe 2

25. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter, à la fin du chapeau du paragraphe 2, les mots "y compris, mais non exclusivement", pour bien faire ressortir le caractère non exclusif de la liste contenue dans ce paragraphe (A/CN.9/669, par. 92 à 94).

26. Une modification de forme a été apportée au paragraphe 2 b), consistant à insérer "i)" avant "un préjudice" et "ii)" avant "une atteinte", pour préciser que, dans l'intention des rédacteurs de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, le cas de "l'atteinte au processus arbitral" est à distinguer de celui du "préjudice immédiat ou imminent" (A/CN.9/669, par. 95).

Paragraphes 3 et 4

27. Le Groupe de travail a adopté quant au fond les paragraphes 3 et 4 sans modification (A/CN.9/669, par. 99).

Paragraphe 5

28. Le paragraphe 5, qui traite du pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des ordonnances préliminaires, reflète les discussions du Groupe de travail (A/CN.9/669, par. 112). Comme il renvoie exclusivement à la question des ordonnances préliminaires à la loi applicable ou aux autres instruments applicables, les références aux ordonnances préliminaires figurant dans les paragraphes 3 et 6 à 10 de la version précédente du projet d'article 26 (tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1) ont été supprimées (A/CN.9/669, par. 100 à 112).

Paragraphe 6

29. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 6 (A/CN.9/669, par. 113).

Paragraphe 7

30. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 7 (A/CN.9/669, par. 114).

Paragraphe 8

31. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 8 (A/CN.9/669, par. 115).

Paragraphe 9

32. Il a été noté que le paragraphe 9 risquait d'obliger une partie demandant une mesure provisoire à payer les frais et à réparer les dommages causés lorsque, par exemple, les conditions du projet d'article 26 avaient été respectées mais que la partie requérante avait perdu l'arbitrage (A/CN.9/669, par. 116). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de fournir des informations pour guider les futurs débats sur la façon dont les différentes lois de l'arbitre traitaient les questions de responsabilité pour les dommages qui pourraient résulter de l'octroi de mesures provisoires (A/CN.9/669, par. 118). À cet égard, le Groupe de travail voudra

peut-être noter que le paragraphe 9 fait pendant à l'article 17 G de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. À ses trente-neuvième et quarantième sessions, où il avait examiné l'article 17 G, on avait aussi affirmé avec force que la décision finale sur le fond ne devrait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non (A/CN.9/545, par. 65) et que les dispositions de l'article 17 G, en laissant au seul tribunal arbitral le soin de décider, sans faire aucunement référence au fond de l'affaire, ne prévoyaient nullement que la responsabilité pourrait être subordonnée à la décision finale sur le fond (A/CN.9/547, par. 106).

33. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner le document A/CN.9/WG.II/WP.127, qui contient des informations sur les régimes de responsabilité dans le contexte des lois nationales relatives aux mesures provisoires et a été établi pour aider le Groupe de travail lors de sa révision de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

Paragraphe 10

34. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 10 (A/CN.9/669, par. 119).

Preuves

Article 27

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.
2. Sauf décision contraire du tribunal arbitral, les déclarations des témoins et des experts peuvent prendre la forme d'un écrit signé.
3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.
4. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.

Remarques sur le projet d'article 27 [article 24 de la version de 1976 du Règlement]

Titre du projet d'article 27

35. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, pour plus de clarté, le projet d'article 27 ne devrait pas s'intituler "Preuves", puisqu'il traite des preuves et de la forme des déclarations présentées par les témoins et les experts.

Paragraphe 1 et 3

36. Les paragraphes 1 et 3, qui sont repris de la version de 1976 du Règlement, ont été adoptés par le Groupe de travail sans modification (A/CN.9/669, par. 49). À titre de remarque générale, le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, le pouvoir du tribunal arbitral de refuser une soumission tardive était prévu par le paragraphe 3 (A/CN.9/669, par. 75).

Paragraphe 2

– *tel qu’il figure dans la version de 1976 de cet article*

37. Le paragraphe 2, tel qu’il figure dans la version de 1976 de cet article, a été supprimé conformément à l’avis qui l’a largement emporté au sein du Groupe de travail, selon lequel il n’était pas courant qu’un tribunal arbitral prie les parties de présenter un résumé des pièces (A/CN.9/669, par. 50 et 51).

– *tel qu’il figure dans le projet de version révisée*

38. Le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler qu’il a décidé de regrouper dans le projet d’article 27 toutes les dispositions relatives aux preuves. C’est pourquoi il est convenu d’insérer les dispositions du paragraphe 5 de l’article 25 de la version de 1976 du Règlement dans le paragraphe 2 du projet d’article 27. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 2 sans modification (A/CN.9/669, par. 70 et 72).

Paragraphe 4

39. Conformément à la décision mentionnée au paragraphe 38 ci-dessus de regrouper dans le projet d’article 27 toutes les dispositions relatives aux preuves, le Groupe de travail est convenu d’insérer les dispositions du paragraphe 6 de l’article 25 de la version de 1976 du Règlement dans le projet d’article 27, dont il forme le nouveau paragraphe 4 (A/CN.9/669, par. 70 et 73). Le Groupe de travail a adopté quant au fond le paragraphe 4 sans modification.

Audiences**Article 28**

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l’avance la date, l’heure et le lieu de la procédure.
2. Les témoins et experts qui sont présentés par les parties et sont ensuite admis à témoigner devant le tribunal arbitral sur toute question de fait ou comme expert peuvent être toute personne, même si elle est partie à l’arbitrage ou a un lien quelconque avec lui. Ces témoins et experts peuvent être entendus selon les conditions et interrogés de la manière fixées par le tribunal arbitral.
3. L’audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu’un témoin ou un expert se retire pendant la déposition d’autres témoins ou experts, sauf si le témoin ou l’expert est partie à l’arbitrage, auquel cas il n’est pas, en principe, prié de se retirer.
4. Le tribunal arbitral peut décider que les témoins et experts seront interrogés par des moyens de télécommunication qui n’exigent pas leur présence physique à l’audience (tels que la vidéoconférence).

Remarques sur le projet d'article 28 [article 25 de la version de 1976 du Règlement]

Titre

40. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 28 devait s'intituler "Audiences", puisqu'il traitait de l'organisation des audiences (A/CN.9/669, par. 70).

Paragraphe 1

41. Le paragraphe 1 repris sans modification de la version de 1976 du Règlement a été adopté quant au fond par le Groupe de travail (A/CN.9/669, par. 70).

Paragraphe 2

– tel qu'il figure dans la version de 1976 de cet article

42. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 2 tel qu'il figurait dans la version de 1976 de cet article, étant donné que l'obligation faite au tribunal arbitral de notifier aux parties suffisamment à l'avance la tenue d'une procédure orale au paragraphe 1 s'étendait également à l'identification des personnes qui seraient interrogées à l'audience, et que le Règlement contenait déjà une disposition relative aux langues à l'article 17 (A/CN.9/669, par. 80).

– tel qu'il figure dans le projet de version révisée

43. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 du projet d'article 28 quant au fond, sous réserve d'un examen plus poussé de son libellé (A/CN.9/669, par. 79). La version révisée du paragraphe 2 qui est proposée se fonde sur les propositions de textes formulées par le Groupe de travail (A/CN.9/669, par. 57 à 60 et 70). Ce dernier voudra peut-être examiner si cette proposition satisfait ceux qui souhaitent que la distinction entre les experts nommés par une partie et ceux nommés par le tribunal arbitral soit précisée (A/CN.9/669, par. 76 et 77).

Paragraphe 3

– tel qu'il figure dans la version de 1976 de cet article

44. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 3 tel qu'il figurait dans la version de 1976 de cet article, car on l'avait jugé trop détaillé pour figurer dans un règlement d'arbitrage moderne (A/CN.9/669, par. 63 et 81).

– tel qu'il figure dans le projet de version révisée

45. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 du projet d'article 28 quant au fond, sous réserve qu'il soit précisé qu'une partie comparissant comme témoin (ou expert) ne devait en général pas être priée de se retirer pendant la déposition d'autres témoins (ou experts) (A/CN.9/669, par. 82 et 83). À cet effet, il est proposé d'ajouter les mots "sauf si le témoin ou l'expert est aussi partie à l'arbitrage" à la fin du paragraphe 3.

Paragraphe 4

46. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond (A/CN.9/669, par. 84). Il a prié le Secrétariat de trouver une formulation appropriée pour couvrir

l'exemple de l'interrogation par transmission vidéo. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'ajout des mots "de télécommunication" après le mot "moyens" permet de couvrir de manière adéquate tous les moyens de communication actuels et futurs et si les mots "tels que la vidéoconférence" doivent être conservés entre parenthèses à titre d'exemple (A/CN.9/669, par. 65 à 67 et 84).

47. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient d'ajouter une disposition pour traiter du cas où une partie ne comparait pas à l'audience, sans invoquer d'empêchement légitime.

Annexe

Tableau de correspondance

<i>Version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>	<i>Version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>
Section III. Procédure arbitrale	Section III. Procédure arbitrale
Requête (article 20)	Requête (article 18)
Réponse (article 21)	Réponse (article 19)
Modifications de la requête ou de la réponse (article 22)	Modifications de la requête ou de la réponse (article 20)
Déclinatoire de compétence arbitrale (article 23)	Déclinatoire de compétence arbitrale (article 21)
Autres pièces écrites (article 24)	Autres pièces écrites (article 22)
Délais (article 25)	Délais (article 23)
Mesures provisoires (article 26)	Mesures provisoires ou conservatoires (article 26)
Preuves (article 27)	Preuves et audiences (article 24)
Audiences (article 28)	Preuves et audiences (article 25)

**C. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
sur les travaux de sa cinquante-deuxième session
(New York, 1^{er}-5 février 2010)
(A/CN.9/688)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Introduction	1-3
Organisation de la session	4-12
Délibérations et décisions	13-14
Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	15
Projet d'article 40	16-19
Projet d'article 41	20-36
Projet d'article 42	37
Projet d'article 43	38
Projet de disposition supplémentaire – Comblement des lacunes dans le Règlement.	39-44
Projet de disposition supplémentaire, provisoirement numéroté projet d'article 16	45-48
Projet d'article 29	49-56
Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats	57
Projet de déclaration d'indépendance type en vertu de l'article 11 du Règlement .	58
Section I. Dispositions préliminaires	59-69
Section II. Composition du tribunal arbitral	70-82
Section III. Procédure arbitrale	83-101
Section IV. La sentence	102-124
Emplacement des projets de libellé type de clause compromissoire pour les contrats et de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 ...	125
Tableau de correspondance	126
Projet d'article 6	127

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1^{er}-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’étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l’arbitrage. Elle a prié le Secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante¹.

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 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 incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international (1985) (“la Loi type de la CNUDCI”) ainsi que l’utilisation du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI (“le Règlement d’arbitrage” ou “le Règlement”) et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d’évaluer, au sein de l’instance universelle qu’elle formait, l’acceptabilité des idées et propositions d’amélioration des lois, règles et pratiques d’arbitrage². Lors de l’examen de la question, la Commission n’a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point devraient être 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 pratique)³.

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d’entreprendre en priorité la révision de son Règlement d’arbitrage. Elle a noté que le Règlement, 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 telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d’arbitrage, la Commission a généralement estimé qu’une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l’esprit ni le style, et qu’elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. 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 Règlement⁴. On trouvera un historique actualisé de l’examen, par la Commission, des travaux du Groupe de travail dans le document A/CN.9/WG.II/WP.156, par. 5 à 20.

¹ *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17)*, par. 235.

² *Ibid.*, cinquante-quatrième session, *Supplément n° 17 (A/54/17)*, par. 337.

³ *Ibid.*, par. 338.

⁴ *Ibid.*, soixante et unième session, *Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 184.

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-deuxième session à New York, du 1^{er} au 5 février 2010. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Liban, Madagascar, Malaisie, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Serbie, Singapour, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont participé à la session des observateurs des États suivants: Argentine, Belgique, Costa Rica, Croatie, Cuba, Émirats arabes unis, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Mauritanie, Maurice, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Qatar, Roumanie et Turquie.

6. Y ont aussi participé des observateurs des États non membres et entités suivants: Palestine et Saint-Siège.

7. Y ont également participé des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale et Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

8. Y ont en outre participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales invitées ci-après: Comité consultatif international du coton (CCIC), Cour permanente d'arbitrage (CPA) et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.

9. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales invitées ci-après: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association arabe pour l'arbitrage international, Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Center for International Environmental Law (CIEL), Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe, Centre international d'arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Centre pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI), Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Chambre d'arbitrage de Milan, Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut du droit commercial international, Institut international pour l'arbitrage (IAI), Institut international du

développement durable (IIDD), International Insolvency Institute, International Swaps and Derivates Association (ISDA), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration (RCICAL), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres.

10. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael E. Schneider (Suisse)

Rapporteuse: M^{me} Susan Downing (Australie)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.156); b) notes du Secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/WG.II/WP.157, A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.157, A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1 et A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV.

14. À l'issue de sa session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage tenant compte de ses délibérations et décisions et indiquant les dispositions qui n'avaient pas été examinées pleinement ou qui faisaient encore l'objet de divergences (paragraphe 2 du projet d'article 2, paragraphe 3 du projet d'article 6, paragraphe 2 du projet d'article 34 et paragraphes 3 et 4 du projet d'article 41). Le Secrétariat a été prié de communiquer le projet de version révisée aux gouvernements pour commentaires, afin que la Commission l'examine et l'adopte à sa quarante-troisième session, qui se tiendra à New York du 21 juin au 9 juillet 2010.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

15. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait achevé sa deuxième lecture des articles 27 à 39 du projet de version révisée du Règlement à sa cinquante et unième

session (A/CN.9/684). Il est convenu de reprendre ses discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.157 et ses additifs 1 et 2.

Projet d'article 40

(correspondant à l'article 38 dans la version de 1976 du Règlement) – Définition des frais

Paragraphe 1

16. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, au paragraphe 1, les mots “et, s’il le juge approprié, dans toute autre sentence” par les mots “ou, s’il le juge approprié, dans une autre décision”, afin de préciser que le tribunal arbitral pouvait fixer les frais dans toute décision qu’il rendrait à tout stade de la procédure. Il a également été dit que le paragraphe 3 de l'article 40 de la version de 1976 du Règlement faisait obligation au tribunal arbitral de fixer les frais d'arbitrage dans le texte d'une ordonnance de clôture ou d'une sentence rendue d'accord parties, lorsqu'il rendait de telles décisions. Il a été dit que, si le Groupe de travail avait l'intention de reprendre la substance du paragraphe 3 de l'article 40 de la version de 1976 du Règlement au paragraphe 1 du projet d'article 40, il pourrait alors être préférable, dans un souci de clarté, d'ajouter une référence à l'“ordonnance de clôture” et à la “sentence rendue d'accord parties” dans ce même paragraphe 1.

17. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a accepté les propositions de modification du paragraphe 1, telles qu'elles figurent au paragraphe 16 ci-dessus, et a prié le Secrétariat de reformuler le paragraphe 1 en conséquence.

Paragraphe 2

18. Il a été noté que les mots “lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage”, figurant à l'alinéa e) de l'article 38 de la version de 1976 du Règlement, avaient été supprimés à l'alinéa e) du paragraphe 2 du projet d'article 40. On s'est alors demandé si cette suppression pouvait être comprise comme conférant au tribunal arbitral le pouvoir de décider de sa propre initiative des frais de représentation et autres exposés par les parties en rapport avec l'arbitrage, que ces frais constituent ou non l'un des chefs de la demande. Il a été précisé, en réponse, qu'il n'y avait aucune intention de s'écarter ainsi de l'alinéa e) de l'article 38 de la version de 1976 du Règlement.

19. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 était généralement acceptable quant au fond.

Projet d'article 41

(correspondant à l'article 39 dans la version de 1976 du Règlement) – Honoraires des arbitres

Mécanisme d'examen des honoraires et des dépenses des arbitres

20. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 41, qui contenait des dispositions révisées visant à permettre aux parties d'obtenir que des tiers impartiaux examinent si les honoraires demandés par les arbitres étaient excessifs, conformément aux décisions qu'il avait prises à ses quarante-cinquième

(A/CN.9/614, par. 133 et 134), quarante-huitième (A/CN.9/646, par. 20 à 27) et cinquante et unième (A/CN.9/684, par. 122 à 126) sessions.

21. On a souligné la nécessité de prévoir un mécanisme neutre pour l'examen du montant des honoraires demandés par les arbitres dans les cas d'arbitrage ad hoc. Il a été dit qu'un tel mécanisme d'examen était souhaitable comme mesure de précaution pour parer à la rare éventualité où un arbitre demanderait des honoraires excessifs. Il a aussi été souligné que la légitimité et l'intégrité du processus arbitral lui-même dépendaient des modalités de fixation des honoraires des arbitres. Il a en outre été dit que la révision des dispositions relatives aux frais de l'arbitrage, et en particulier la fixation des honoraires par les arbitres en l'absence de tout contrôle, était l'une des principales raisons d'entreprendre une révision du Règlement.

22. On s'est toutefois inquiété des risques que le projet d'article 41 pourrait également comporter. Il a été dit que, dans certains États, le droit interne prévoyait des procédures de recours et d'appel qui permettaient à une juridiction étatique de prendre une décision concernant les honoraires des arbitres et que, par conséquent, le projet d'article 41 risquait de susciter des incertitudes quant au début du délai pour introduire un tel recours ou appel. Il a été dit que, selon le paragraphe 4 du projet d'article 41, l'autorité de nomination ou, à défaut d'une telle autorité, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) était habilité à imposer des modifications à la partie de la sentence relative aux frais, ce qui pourrait donner lieu à un recours contre la sentence. Il a par ailleurs été déclaré que la fixation des honoraires était une question de nature contractuelle entre les parties et les arbitres et que, par conséquent, l'intervention d'un tiers dans cette question ne se justifiait pas. Il a aussi été dit que certaines autorités de nomination pourraient introduire leur propre avis quant au montant approprié des honoraires dans le processus d'examen, indépendamment du montant initialement proposé par les arbitres. Il a été noté que les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 41 introduisaient des délais importants pour contester les honoraires de l'arbitre et, ce faisant, risquaient de retarder le caractère définitif de la sentence.

23. Il a été demandé si la décision prise par l'autorité de nomination concernant la fixation des honoraires des arbitres devait être de nature contraignante. Il a été dit que l'autorité de nomination ne serait peut-être pas toujours dûment qualifiée pour rendre une telle décision. Il a été déclaré que les critères qui devaient être appliqués par l'autorité de nomination ou par le Secrétaire général de la CPA au paragraphe 4 n'offraient pas à ces derniers des orientations suffisantes, ce qui risquait d'entraîner un examen long et approfondi, même lorsque les honoraires fixés correspondaient exactement à la proposition d'honoraires qui avait été examinée sans avoir été modifiée, conformément au paragraphe 3 du projet d'article 41.

24. Le projet d'article 41 a été jugé trop long. On a estimé qu'il fallait en simplifier la rédaction de manière à y refléter uniquement les décisions de principe.

25. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant s'il serait possible de répondre aux préoccupations exprimées en revoyant la rédaction des paragraphes 3 et 4.

Paragraphe 3

26. En vue de simplifier le paragraphe 3, il a été proposé de supprimer le passage relatif à la désignation d'une autorité de nomination dans les cas où une telle

autorité n'avait pas encore été choisie par les parties, et de traiter plus généralement cette question au projet d'article 6. Cette proposition a été appuyée. Il a été ajouté que la disposition qui serait incluse au projet d'article 6 devrait préciser également si la désignation d'une autorité de nomination suspendrait le cours du délai fixé au paragraphe 3 (voir par. 127 ci-après).

27. Il a en outre été proposé de simplifier la dernière phrase du paragraphe 3 en remplaçant les mots "reste soumis à l'obligation continue de poursuivre" par "poursuit". Cette proposition a été appuyée. Il a été suggéré que la dernière phrase du paragraphe 3 s'applique aussi au paragraphe 4. Cette suggestion a aussi été appuyée.

Paragraphe 4

"en application de l'article 40, paragraphe 2 a), b) et c)"

28. Il a été dit que l'examen réalisé par l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA ne devrait peut-être pas nécessairement porter sur les "frais exposés pour toute expertise et pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral". Il a par conséquent été suggéré de supprimer la référence à l'alinéa c) du paragraphe 2 dans la première phrase du paragraphe 4.

"Lorsqu'il informe les parties"

29. On a fait remarquer que la partie perdante pourrait être tentée de contester la décision prise par les arbitres quant au montant des honoraires, ce qui retarderait le prononcé de la sentence définitive. Il a été proposé que le paragraphe 4 autorise dès lors le tribunal arbitral à informer les parties de sa décision quant aux honoraires avant de rendre sa sentence définitive. À cette fin, il a été proposé de remplacer les mots "Lorsqu'il informe les parties des honoraires [et des dépenses] des arbitres qui ont été fixés en application de l'article 40, paragraphe 2 a), b) et c)" par les mots "En informant les parties des honoraires [et des dépenses] qu'il aura fixés". Il a été répondu que le projet d'article 40 prévoyait déjà que le tribunal arbitral puisse déterminer les frais dans n'importe quelle décision, et que la modification proposée n'était peut-être pas nécessaire.

Portée de l'examen

30. Afin de limiter la mesure dans laquelle le montant des frais pourrait être révisé par l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA, il a été proposé de remplacer les mots "satisfont aux critères du paragraphe 1 tels qu'appliqués dans la proposition" par les mots "sont conformes à la proposition". On a déclaré qu'il serait toutefois souhaitable de conserver un renvoi au paragraphe 1, car celui-ci mentionnait la notion de caractère raisonnable du montant des honoraires des arbitres, élément dont devait tenir compte l'autorité de nomination dans son examen. Il a aussi été dit que ce renvoi permettrait d'éviter les situations où les arbitres, bien qu'ayant appliqué la méthode convenue pour la détermination des honoraires, réclameraient des montants exagérés. Pour apaiser la crainte que l'examen n'aille trop loin, on a suggéré de modifier la proposition susmentionnée comme suit: "ne sont manifestement pas conformes à la proposition".

“honoraires et dépenses”

31. Le Groupe de travail a examiné si le mécanisme d'examen par l'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA devrait s'appliquer également aux dépenses des arbitres. L'examen de ces dépenses, a-t-on dit, pourrait se révéler peu aisé, en particulier dans les affaires complexes, et serait difficilement réalisable dans le délai de 45 jours actuellement prévu au paragraphe 4. Il a été répondu qu'il arrivait aussi que le montant des dépenses soit exagéré, si bien que les dépenses devaient elles aussi être soumises au mécanisme d'examen.

32. Plusieurs propositions ont été avancées afin de traiter le problème du délai fixé pour l'examen. Une proposition était de disposer que l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA devraient simplement s'efforcer de se prononcer sur les modifications nécessaires dans les 45 jours, sans y être toutefois obligés. Une autre proposition consistait à faire courir le délai d'examen à partir de la date à laquelle l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA recevaient toutes les informations pour prendre leur décision.

33. À l'issue de la discussion, l'application du mécanisme d'examen par l'autorité de nomination ou par le Secrétaire général de la CPA aux dépenses des arbitres a été généralement appuyée.

“considérées comme rectifiant la sentence”

34. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait clarifier la dernière phrase du paragraphe 4, selon laquelle les modifications décidées par l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA devraient être considérées, lorsque la sentence avait déjà été rendue, comme rectifiant cette dernière conformément à l'article 38. On a fait observer que la modification de la décision du tribunal arbitral concernant les frais ne constituait pas une rectification à proprement parler. On a proposé de remplacer les mots “sont considérées comme rectifiant la sentence” par “équivalent à une rectification”. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Nouveau paragraphe 5 proposé

35. Afin d'apaiser la crainte que l'application du paragraphe 4 ne retarde davantage le prononcé de la sentence définitive, il a été proposé d'ajouter dans le projet d'article 41 un nouveau paragraphe, qui pourrait être libellé comme suit: “Une demande d'examen conformément aux paragraphes 3 et 4 est sans incidence sur [le statut] [le caractère définitif] des décisions du tribunal arbitral relatives à toute question, autre que celle du montant de ses honoraires, contenue dans la sentence.” Il a été dit que ce nouveau paragraphe était utile en montrant clairement que le mécanisme prévu au paragraphe 4 ne changerait en rien le caractère définitif de la sentence sur le fond de l'affaire. On a toutefois fait observer qu'une telle disposition ne serait peut-être pas applicable dans certains systèmes juridiques. On s'est également demandé si une sentence, qui laisserait de côté la décision sur les frais, pourrait être exécutée en vertu de la Convention de New York. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'inclure le nouveau paragraphe 5 proposé dans le projet d'article 41.

Proposition de révision du projet d'article 41

36. Après discussion, il a été proposé d'apporter au projet d'article 41 les modifications ci-après, qui serviraient de base à l'examen de cet article en troisième lecture. Ces modifications ont été généralement appuyées:

- Au paragraphe 1, les mots “[et des dépenses]” seraient insérés entre crochets après le mot “honoraires”.
- Le paragraphe 2 resterait inchangé.
- Le paragraphe 3 serait libellé comme suit: “Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral informe les parties de la façon dont il propose de déterminer ses honoraires [et ses dépenses], y compris les taux qu’il entend appliquer. Dans les quinze jours de la réception de cette proposition, toute partie peut en demander l’examen à l’autorité de nomination. Si, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de cette demande d’examen, l’autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral est [manifestement] non conforme aux critères énoncés dans le paragraphe 1, elle y apporte les modifications nécessaires, qui s’imposent au tribunal.”
- Le paragraphe 4 serait libellé comme suit: “Lorsqu’il informe les parties des honoraires [et des dépenses] des arbitres qui ont été fixés en application de l’article 40, paragraphe 2 a) et b), le tribunal arbitral explique également la manière dont les montants correspondants ont été calculés. Dans les quinze jours de la réception de la note d’honoraires [et de dépenses] du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l’examen à l’autorité de nomination ou, si aucune autorité de nomination n’a été choisie d’un commun accord ni désignée, ou si cette autorité ne s’acquitte pas des fonctions qui lui incombent en vertu du présent paragraphe, refuse de s’en acquitter ou n’est pas en mesure de s’en acquitter, au Secrétaire général de la CPA. Si, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de cette demande d’examen, l’autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA estime que la note est manifestement non conforme à la proposition (modifiée le cas échéant) du tribunal arbitral visée dans le paragraphe 3 ou aux critères énoncés dans le paragraphe 1, l’autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA y apporte les modifications nécessaires, qui s’imposent au tribunal. Ces modifications soit sont incluses par le tribunal dans sa sentence soit, si la sentence a déjà été rendue, sont [reflétées] [mises en œuvre] par voie de rectification de la sentence conformément à l’article 38.”
- Les paragraphes suivants seraient ajoutés. Le paragraphe 5 serait libellé comme suit: “Tout au long de la procédure visée au paragraphe 3 ou 4, le tribunal arbitral poursuit l’arbitrage, conformément au paragraphe 1 de l’article 17.” Le paragraphe 6 serait libellé comme suit: “La demande d’examen visée au paragraphe 4 est sans incidence sur les décisions contenues dans la sentence, à l’exception de celles qui concernent les honoraires et dépenses du tribunal arbitral.”

Projet d'article 42

(correspondant à l'article 40 dans la version de 1976 du Règlement) – Répartition des frais

37. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 42 était généralement acceptable quant au fond.

Projet d'article 43

(correspondant à l'article 41 dans la version de 1976 du Règlement) – Consignation du montant des frais

38. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 43 était généralement acceptable quant au fond.

Projet de disposition supplémentaire – Comblement des lacunes dans le Règlement

39. Le Groupe de travail a examiné un projet d'article supplémentaire proposé pour combler les lacunes du Règlement, article selon lequel les questions concernant les matières régies par le Règlement qui n'étaient pas expressément réglées par lui seraient réglées selon les principes généraux dont il s'inspirait (A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2, par. 34). Il était convenu, à sa quarante-huitième session, d'étudier plus avant si une telle disposition devrait figurer dans le Règlement (A/CN.9/646, par. 50 à 53).

40. L'inclusion, dans la version révisée du Règlement, d'une disposition visant à en combler les lacunes a bénéficié d'un certain soutien. Il était utile, a-t-on estimé, de souligner que le Règlement formait un système autonome de normes contractuelles et qu'il faudrait en combler les lacunes éventuelles en se référant au Règlement lui-même. Il a été dit que des questions non traitées par le Règlement pourraient se poser et qu'il était préférable de donner des orientations aux utilisateurs du Règlement en renvoyant aux principes généraux dont s'inspirait ce dernier.

41. Certaines des délégations favorables à l'insertion d'une telle disposition ont estimé qu'il serait utile de compléter celle-ci par un libellé semblable à celui de l'article 2 A, paragraphe 1, de la Loi type de la CNUDCI. On a dit qu'il était utile de mentionner l'origine internationale du Règlement, la nécessité d'en promouvoir une interprétation et une application uniformes, ainsi que le respect de la bonne foi, pour informer les utilisateurs sur les principes applicables. Cette proposition a recueilli peu de soutien car, a-t-on souligné, l'article 2 A, paragraphe 1, de la Loi type de la CNUDCI visait à fournir des indications sur l'interprétation de textes législatifs et non d'instruments de nature contractuelle, comme le Règlement.

42. Afin de ne pas se référer à la notion de "principes", dont la définition pouvait susciter des incertitudes, il a été proposé de remplacer les mots "selon les principes généraux dont il s'inspire" par un libellé plus proche de celui de l'article 35 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ("Règlement de la CCI") et de l'article 32.2 du Règlement de la London Court of International Arbitration ("Règlement LCIA"), à savoir en employant les mots "en s'inspirant du présent Règlement" ou "dans l'esprit du présent Règlement" ("in the spirit of those Rules"). Cette proposition a recueilli un certain soutien.

43. Les opposants à l'insertion dans le Règlement d'une disposition visant à en combler les lacunes ont déclaré que, les principes généraux auxquels faisait référence cette disposition n'étant pas définis, des questions complexes d'interprétation risquaient de se poser. Il a été dit que cette crainte s'appliquait également à l'usage des mots "dans l'esprit du présent Règlement", proposés au paragraphe 42 ci-dessus. Il a également été souligné que l'application d'une telle disposition pourrait donner lieu à la formation de recours contre les sentences au motif que la procédure suivie par le tribunal arbitral différerait de celle dont les parties étaient convenues. On a par ailleurs fait observer que le projet d'article 17 du Règlement énonçait déjà des principes directeurs sur la conduite de la procédure arbitrale, les garanties d'une procédure régulière et l'efficacité de la procédure arbitrale. Il a été reconnu que le projet d'article 17 était suffisant pour trouver des solutions aux questions procédurales se posant pendant l'instance arbitrale. On a toutefois souligné que pouvaient aussi se poser des questions qui étaient sans rapport avec la conduite de la procédure et qui n'étaient pas traitées dans le Règlement.

44. À l'issue de la discussion, faute de consensus, le Groupe de travail est convenu de ne pas inclure, dans la version révisée du Règlement, de disposition visant à en combler les lacunes.

Projet de disposition supplémentaire, provisoirement numéroté projet d'article 16

Exonération de responsabilité

45. Le Groupe de travail a examiné un projet de disposition sur la responsabilité, provisoirement numéroté projet d'article 16 (A/CN.9/WG.II/WP.157, par. 41), lequel posait le principe de l'exonération de responsabilité pour les participants à l'arbitrage et visait à préserver celle-ci dans les cas où la loi applicable permettait l'exonération contractuelle de responsabilité, dans toute la mesure autorisée par cette loi (A/CN.9/646, par. 38 à 45).

46. Le Groupe de travail est convenu que les participants à l'arbitrage devraient en principe se voir accorder, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, une exonération ou une limitation de responsabilité pour leurs actes ou omissions en rapport avec l'arbitrage. Il a été dit qu'une telle disposition permettrait de protéger les arbitres contre le risque de faire l'objet d'actions potentiellement nombreuses, émanant de parties qui seraient en désaccord avec les décisions ou sentences du tribunal arbitral et qui pourraient faire valoir que celles-ci sont le fait d'une négligence ou d'une faute de la part d'un arbitre.

47. Il a été expliqué qu'une renonciation "dans toute la mesure autorisée par la loi applicable" ne s'étendait pas et ne devait pas s'étendre à la faute intentionnelle. Il a par conséquent été suggéré d'exclure expressément la "faute intentionnelle" du champ de l'exonération de responsabilité. Cette proposition a été appuyée.

48. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de réviser le projet d'article 16 à peu près comme suit: "Sauf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent, dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, à toute action contre les arbitres, l'autorité de nomination, le Secrétaire général de la CPA et toute personne nommée par le tribunal arbitral pour un acte ou une omission en rapport avec l'arbitrage."

Projet d'article 29

(correspondant à l'article 27 dans la version de 1976 du Règlement) – Proposition de nouveau paragraphe concernant d'éventuelles objections à l'encontre des experts nommés par le tribunal arbitral

Principe de l'inclusion d'une disposition prévoyant la possibilité de récuser des experts nommés par le tribunal arbitral ou de formuler des objections à leur sujet

49. Le Groupe de travail a examiné si une procédure permettant de récuser des experts nommés par le tribunal arbitral ou de formuler des objections à leur sujet devrait être prévue dans le projet d'article 29. Pour ce faire, il s'est fondé sur un projet de disposition figurant au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1 ("projet de disposition") et sur une proposition libellée comme suit: "1. Dans un délai de dix jours après que la désignation de l'expert ou des experts leur a été notifiée, les parties peuvent, en indiquant leurs motifs, récuser l'expert ou les experts. 2. À la demande – motivée – des parties, le délai de récusation des experts peut être prorogé par le tribunal arbitral. 3. Exceptionnellement, les experts peuvent, à tout moment avant de rendre leur avis, être récusés par les parties au motif qu'elles ont eu récemment connaissance d'informations faisant douter de leur impartialité et de leur indépendance. 4. Le tribunal arbitral se prononce sur la récusation, soit en récusant l'expert, soit en confirmant sa nomination."

50. Le Groupe de travail est généralement convenu que, par principe, une procédure permettant de formuler des objections à l'encontre des experts nommés par le tribunal arbitral devrait être incluse dans la version révisée du Règlement. Il a noté que le projet de disposition suivait l'article 6 des règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international (Rules on the taking of evidence in international commercial arbitration) ("règles de l'Association internationale du barreau"). L'approche retenue dans ce projet de disposition a été généralement appuyée.

Impartialité et indépendance

51. Le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots "impartialité et" avant chaque occurrence du mot "indépendance" dans le projet de disposition.

52. Il a été convenu que des objections pouvaient être formulées quant aux titres d'un expert, ainsi qu'à son indépendance ou à son impartialité.

53. Pour aligner le libellé du projet de disposition sur l'article 6 des règles de l'Association internationale du barreau, il a été suggéré de prévoir que l'expert devrait être impartial et indépendant non seulement vis-à-vis des parties et du tribunal arbitral, mais aussi vis-à-vis des conseils juridiques. Toutefois, on a fait observer que, pour élargir le champ d'application de la disposition, il serait plus facile de supprimer les mots "des parties[, de leurs conseils juridiques]" et du tribunal arbitral" à la fin de la première phrase du projet de disposition. Cette proposition a été largement appuyée.

"avant d'accepter sa nomination"

54. Il a été dit que le projet de disposition n'autorisait pas le tribunal arbitral à nommer un expert avant que ce dernier n'ait soumis sa déclaration d'indépendance et d'impartialité. Il a été suggéré d'introduire une certaine souplesse en insérant les

mots “ou dès que possible” avant les mots “l’expert soumet” dans la première phrase du projet de disposition, pour tenir compte du cas où un tribunal arbitral avait besoin d’urgence d’un expert, par exemple pour évaluer des preuves périssables. Il a été estimé que cet objectif pouvait aussi être atteint en insérant les mots “en principe”, avant les mots “avant d’accepter sa nomination” pour souligner le caractère exceptionnel de cette procédure. Ces propositions ont été appuyées.

“dans le délai prescrit par le tribunal arbitral”

55. On a fait observer que le projet de disposition permettait aux parties de contester le choix d’un expert dans le délai prescrit par le tribunal et que cette disposition pouvait être comprise comme interdisant aux parties de soulever des objections après ce délai. Il a été proposé que les parties soient expressément autorisées à récuser des experts à tout moment et que les experts soient soumis à une obligation continue de déclaration tout au long de la procédure. On a exprimé la crainte que la faculté donnée aux parties de récuser des experts à tout moment ne donne lieu à des manœuvres dilatoires. Étant donné que le paragraphe 4 du projet d’article 27 conférait au tribunal arbitral le pouvoir de juger de la pertinence et de la force des preuves présentées, et que le projet d’article 29 autorisait les parties à soumettre leur opinion sur le rapport de l’expert, il n’était peut-être pas nécessaire, a-t-on dit, de traiter expressément de cette question dans le projet de disposition.

Ajout d’un paragraphe au projet d’article 29

56. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d’insérer, après le paragraphe 1 du projet d’article 29, un nouveau paragraphe qui serait libellé comme suit: “L’expert soumet au tribunal arbitral et aux parties, en principe avant d’accepter sa nomination, une description de ses titres et une déclaration indiquant qu’il est impartial et indépendant. Dans le délai prescrit par le tribunal arbitral, les parties font savoir à ce dernier si elles ont des objections quant aux titres, à l’impartialité ou à l’indépendance de l’expert. Le tribunal arbitral décide promptement s’il accepte ou non leurs objections. Après la nomination d’un expert, une partie ne peut formuler d’objections concernant les titres, l’impartialité ou l’indépendance de celui-ci que pour des motifs dont elle a eu connaissance après la nomination. Le tribunal arbitral décide rapidement des mesures à prendre, le cas échéant.”

Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats

57. Le Groupe de travail est convenu que le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats était acceptable quant au fond.

Projet de déclaration d’indépendance type en vertu de l’article 11 du Règlement

58. Le Groupe de travail a approuvé le projet de déclaration d’indépendance type et a pris note de la proposition de déclaration additionnelle relative à la disponibilité des arbitres. Il est convenu que la phrase introduisant cette déclaration devrait se lire comme suit: “Note – Les parties peuvent exiger que les arbitres fassent également la déclaration suivante:”

Section I. Dispositions préliminaires

59. Le Groupe de travail a entamé sa troisième lecture du projet de version révisée du Règlement en se fondant sur le document A/CN.9/WG.II/WP.157 et ses additifs 1 et 2. Il s'est concentré sur les dispositions énumérées par le Secrétariat dans ledit document, au sujet desquelles il avait estimé, à ses sessions précédentes, qu'elles devaient être examinées plus avant, et sur les dispositions que les délégations voulaient voir approfondies.

60. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets d'articles 1, 3 et 5 de la section I (Dispositions préliminaires) sans modification.

Projet d'article 2

Notification et calcul des délais

Paragraphes 1 et 2

61. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 1 et 2, qui tenaient compte de la décision qu'il avait prise à sa quarante-neuvième session de prévoir expressément dans le premier paragraphe une disposition autorisant la remise d'une notification par tout moyen de communication attestant sa transmission et d'inclure dans le deuxième paragraphe des dispositions pour le cas où une notification ne pouvait être remise en mains propres du destinataire (A/CN.9/665, par. 28 et 29).

62. Plusieurs craintes ont été exprimées à propos de ces paragraphes. Il a été dit que le paragraphe 1 prévoyait seulement que la notification devait être "remise par tout moyen de communication attestant sa transmission", sans exiger par conséquent confirmation de cette remise. Les mots "adresse désignée" (designated address) employés au paragraphe 2 étaient jugés ambigus et on a dit qu'il vaudrait mieux les remplacer par un libellé du type "adresse postale ou adresse de courrier électronique désignée par une partie pour recevoir une telle notification".

63. Il a été déclaré par ailleurs que le concept de remise présumée de la notification dont il était question au paragraphe 2 ne pourrait peut-être pas s'appliquer dans les États qui exigeaient une remise effective. Il a été proposé que le projet d'article 2 établisse une distinction claire entre la remise et l'envoi des notifications, selon que le destinataire pouvait effectivement ou non être localisé. Il a également été proposé de clarifier la dernière phrase du paragraphe 2 en la remplaçant par une disposition qui serait libellée comme suit: "La notification est également réputée reçue si elle a été reçue à une adresse ou par une méthode dont les parties sont convenues ou selon la pratique suivie par elles dans des opérations précédentes."

64. Afin de répondre aux préoccupations ci-dessus exprimées au sein du Groupe de travail, il a été proposé de remplacer le paragraphe 2 par une disposition qui serait libellée comme suit: "Aux fins du présent Règlement, une notification est réputée avoir été reçue si: a) elle a été remise en mains propres du destinataire, ou si elle a été remise à sa résidence habituelle, à son établissement, à son adresse postale, ou à l'adresse électronique ou au numéro de télécopieur désigné préalablement par le destinataire à cette fin, dans chaque cas par un moyen attestant la remise [effective]; ou b) lorsque aucune de ces coordonnées n'a pu être trouvée après une enquête raisonnable ou que la remise n'a pu être effectuée conformément

à l'alinéa a) pour d'autres raisons, si elle a été envoyée à la dernière adresse ou au dernier établissement connu du destinataire par lettre recommandée ou par tout autre moyen attestant la tentative de remise. La notification est réputée reçue le jour d'une telle remise."

65. On a exprimé la crainte que la structure du changement qu'il était proposé d'apporter au paragraphe 2 ne crée la confusion car le chapeau parlait de "remise présumée", alors que l'alinéa a) faisait référence à la remise effective. On s'est demandé s'il était nécessaire d'énumérer les moyens de remise. Il a été suggéré de modifier le paragraphe 2 comme suit: "Aux fins du présent Règlement, une notification est réputée avoir été reçue a) si elle a été remise en mains propres du destinataire, ou si elle a été remise à son établissement, à sa résidence habituelle, à son adresse postale ou à une adresse électronique ou un numéro de télécopieur (s'ils ont été désignés à cette fin), [dans chaque cas par un moyen attestant la remise]; ou b) lorsque, malgré des diligences raisonnables, la remise ne peut être effectuée par aucun des moyens visés à l'alinéa a), si la notification a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire, par un moyen attestant la tentative [conformément à l'alinéa a)] de remise [conformément à l'alinéa b)]. La notification est réputée reçue le jour d'une telle remise ou tentative de remise." Selon certains avis exprimés, les mots entre crochets "dans chaque cas par un moyen attestant la remise" étaient nécessaires pour assurer que le moyen utilisé atteste cette remise. Il a été répondu que ces mots s'appliqueraient à toutes les transmissions, ce qui était peut-être excessif. Par ailleurs, les autres questions suivantes ont été soulevées dans le Groupe de travail en vue d'un examen ultérieur: la liste des communications d'une importance particulière nécessitant un accusé de réception, et la charge de la preuve dans le contexte de la notification.

66. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de rédiger un projet de version révisée de l'article 2 en se fondant sur ses délibérations, afin que la Commission l'examine.

Projet d'article 4

(nouvel article) – Réponse à la notification d'arbitrage

Jonction d'un tiers avant la constitution du tribunal arbitral

67. Il a été noté que le paragraphe 5 du projet d'article 17, qui autorisait des tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage, ne s'appliquait qu'après la constitution du tribunal arbitral. Il a également été noté que le moment le plus approprié pour qu'une partie se joigne à l'arbitrage était au début de la procédure, avant la constitution du tribunal. À cet égard, il a été convenu d'ajouter, au paragraphe 2 du projet d'article 4, un nouvel alinéa qui serait libellé comme suit: "f) Lorsque le défendeur formule des chefs de demande contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur, sa réponse contient une notification d'arbitrage, conformément à l'article 3."

Paragraphe 3

68. Il a été noté que, si le paragraphe 5 du projet d'article 3 autorisait expressément le tribunal arbitral à trancher tout différend relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage, aucune disposition correspondante n'était

prévue au paragraphe 3 du projet d'article 4 pour un différend concernant la réponse à la notification d'arbitrage. Le Groupe de travail est par conséquent convenu de modifier ledit paragraphe 3 comme suit: "Un différend concernant l'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou une réponse incomplète ou tardive à celle-ci n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral."

69. Sous réserve de cette modification du paragraphe 3, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 4 quant au fond.

Section II. Composition du tribunal arbitral

70. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets d'articles 8, 9, 11, 12, 15 et 16 (tel qu'il figure ci-dessus au paragraphe 48) de la section II (Composition du tribunal arbitral) sans modification.

Projet d'article 7

(correspondant à l'article 5 dans la version de 1976 du Règlement) – Nombre d'arbitres

Paragraphe 2

71. Par souci de clarté, le Groupe de travail est convenu d'ajouter, au début du paragraphe 2, le mot "autre" avant le mot "partie" et les mots "d'une partie" après le mot "proposition".

72. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 7 quant au fond.

Projet d'article 10 (nouvel article)

Paragraphe 3

73. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé, à sa quarante-sixième session, de prévoir au paragraphe 3 du projet d'article 10, par principe, une disposition autorisant l'autorité de nomination à constituer le tribunal arbitral ainsi qu'à annuler les nominations déjà faites (voir A/CN.9/619, par. 89 à 91). Le paragraphe 3 a été jugé acceptable dans l'ensemble, même si une crainte a été exprimée concernant l'utilisation du mot "révoquer".

74. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 10 quant au fond.

Projet d'article 13

(correspondant aux articles 11 et 12 dans la version de 1976 du Règlement)

Paragraphe 4

75. Il a été suggéré de remplacer les mots "toutes les parties n'acceptent pas", au paragraphe 4 du projet d'article 13, par les mots "les parties n'acceptent pas toutes", pour préciser que le refus de la récusation par une partie suffisait à déclencher la procédure prévue audit paragraphe. Il a été répondu que la formulation actuelle rendait déjà clairement cette idée.

76. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 13 quant au fond. Il a noté que le paragraphe 4 serait modifié à la suite de l'inclusion, au projet d'article 6, d'une disposition générale régissant le cas où le Règlement prévoyait un certain délai pour qu'une partie agisse auprès de l'autorité de nomination et où aucune autorité de nomination n'avait été choisie d'un commun accord ni désignée (voir par. 127 ci-après).

Projet d'article 14

(correspondant à l'article 13 dans la version de 1976 du Règlement) – Remplacement d'un arbitre

Paragraphe 2

Rôle de l'autorité de nomination

77. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2, qui traitait des situations dans lesquelles une partie, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce, devait se voir privée du droit de nommer un remplaçant. Il a été proposé que les arbitres eux-mêmes, et non pas seulement l'autorité de nomination, soient autorisés à décider s'ils souhaitaient poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet. À cela, il a été répondu qu'un tel pouvoir de décision conféré aux arbitres n'offrirait peut-être pas de garanties suffisantes aux parties, notamment en cas de collusion entre les arbitres. Il a également été dit que dans les règlements d'autres institutions arbitrales internationales, cette décision appartenait à un tiers et non aux arbitres. L'article 12-5 du Règlement de la CCI a été cité à titre d'exemple. À l'issue de la discussion, la proposition susmentionnée n'a pas été appuyée.

“compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce”

78. Il a été proposé de remplacer les mots “circonstances exceptionnelles”, qui précédaient les mots “de l'espèce” au paragraphe 2, par une formule du type “circonstances qui conduisent au remplacement de l'arbitre”, de manière à mieux définir les circonstances qui pourraient amener l'autorité de nomination à décider de priver une partie du droit de nommer un remplaçant. On a cependant estimé qu'une approche plus large serait préférable et que la mention des “circonstances de l'espèce” permettrait à l'autorité de nomination de prendre en considération toutes les circonstances ou tous les incidents qui auraient pu survenir durant la procédure.

79. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver les mots “compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce”.

“si cette situation se produit”

80. Il a été proposé, dans un souci de clarté, de supprimer les mots “si cette situation se produit” (“if the same occurs”), au début de l'alinéa b) du paragraphe 2. Il a été répondu que ces mots devaient être conservés car ils montraient clairement que l'autorité de nomination ne pouvait permettre au tribunal arbitral de poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet qu'après la clôture des débats. À l'appui de la proposition, il a été dit que ces mots pouvaient être source de confusion, car on ne voyait pas très bien à quoi renvoyaient les mots “cette situation”. Il a également été souligné que ces mots pourraient être interprétés comme limitant l'évaluation des circonstances exceptionnelles par l'autorité de nomination aux circonstances qui seraient survenues après la clôture des débats.

81. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots “si cette situation se produit” de l’alinéa b) du paragraphe 2.
82. Le Groupe de travail a approuvé le projet d’article 14 quant au fond, avec les modifications mentionnées ci-dessus au paragraphe 81.

Section III. Procédure arbitrale

83. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets d’articles 18 à 25, 28, 29 (avec l’ajout d’un nouveau paragraphe, comme mentionné plus haut au paragraphe 56), 30 et 31 de la Section III (Procédure arbitrale) sans modification.

Projet d’article 17

(correspondant à l’article 15 dans la version de 1976 du Règlement) – Dispositions générales

Paragraphe 1

84. Il a été fait observer que les première et seconde phrases du paragraphe 1 se contredisaient peut-être, car la première disposait que le tribunal arbitral “peut procéder à l’arbitrage comme il le juge approprié”, alors que la seconde pouvait être comprise comme lui imposant l’obligation de conduire la procédure en respectant certains principes. Il a donc été proposé de remplacer les mots “dans l’exercice de son pouvoir d’appréciation, conduit” par “devrait conduire la procédure comme il le juge approprié”. Cette proposition n’a pas été appuyée, car il a été estimé que le libellé actuel traduisait déjà suffisamment le pouvoir d’appréciation du tribunal arbitral.

Paragraphe 2

85. Il a été proposé d’insérer, en tant que première phrase du paragraphe 2, une disposition qui serait libellée comme suit: “Dès que possible après sa constitution et après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, le tribunal arbitral établit le calendrier prévisionnel de l’arbitrage”. Il a été objecté que cette phrase tentait de réglementer la conduite de la procédure d’une manière qui ne conviendrait peut-être pas dans tous les cas. Néanmoins, la proposition a recueilli un large soutien car elle augmenterait l’efficacité de la procédure et constituait une bonne pratique.

86. Le Groupe de travail est convenu d’inclure le texte proposé au paragraphe 2.

Paragraphe 4

87. Le Groupe de travail a examiné les mots “à l’exception de celle visée à l’article 26, paragraphe 9”, qui figuraient entre crochets au paragraphe 4. Il est convenu que ces mots seraient conservés dans la version révisée du Règlement car ils permettaient de clarifier l’exception à l’obligation de communication simultanée dans le cas des ordonnances préliminaires.

Paragraphe 5

88. Il a été fait observer que le terme “préjudice” employé au paragraphe 5 pouvait être compris différemment. Il a été proposé de remplacer les mots “en raison du

préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties" par les mots "pour des raisons d'équité envers chacune des parties". Il a été dit que les motifs dont le tribunal arbitral devait tenir compte pour refuser la jonction d'un tiers à la procédure ne se limiteraient peut-être pas aux considérations d'équité et devraient être plus larges, pour englober également les principes énoncés au paragraphe 1 du projet d'article 17. On a ajouté que le préjudice n'était qu'un de ces principes et que le fait de le mentionner expressément risquait d'être interprété comme excluant l'application des autres principes. Une autre proposition a donc été faite, consistant à insérer dans le paragraphe 5 un renvoi au paragraphe 1. Ces propositions n'ont pas été appuyées car on a estimé que les principes posés au paragraphe 1 s'appliquaient dans tous les cas.

89. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 5 ne serait pas modifié.

Disposition supplémentaire proposée

90. Il a été proposé d'ajouter dans le projet d'article 17 une nouvelle disposition qui serait libellée comme suit: "Le tribunal arbitral peut tenir une ou plusieurs conférences procédurales avec les parties à tout stade approprié de la procédure arbitrale." Cette proposition n'a pas été appuyée car on a estimé qu'elle entraînait trop dans le détail.

91. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 17 quant au fond, avec les modifications mentionnées ci-dessus au paragraphe 85.

Projet d'article 26

(correspondant à l'article 26 dans la version de 1976 du Règlement) – Mesures provisoires

Paragraphe 8

92. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquantième session, on avait estimé que le paragraphe 8 risquait d'obliger une partie demandant une mesure provisoire à payer les frais et à réparer les dommages causés lorsque, par exemple, les conditions du projet d'article 26 avaient été respectées mais que ladite partie avait perdu l'arbitrage (A/CN.9/669, par. 116). Il en était ainsi notamment lorsque l'octroi de mesures provisoires n'était pas justifié au vu de l'issue de l'affaire, en particulier lorsque le tribunal arbitral constatait par la suite que le motif pour lequel la mesure provisoire avait été demandée n'était pas valable. Afin de traiter ce problème, plusieurs options ont été proposées au Groupe de travail pour examen.

93. Ces options étaient les suivantes: la partie demandant une mesure provisoire pourrait être responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure si le tribunal arbitral décide que cette mesure "n'aurait pas dû être accordée" ou "n'était pas justifiée". L'inclusion des mots "n'aurait pas dû être accordée" à la fin de la première phrase du paragraphe 8 a recueilli un certain soutien, car ce libellé serait conforme à l'approche adoptée à l'article 17 G de la Loi type de la CNUDCI. D'autres ont appuyé la deuxième option, selon laquelle la mesure "n'était pas justifiée", car, a-t-on estimé, elle tenait mieux compte de la situation où une mesure était accordée dans le respect de toutes les conditions mais se révélait par la suite avoir causé un dommage.

94. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier le paragraphe 8 comme suit: "La partie qui demande une mesure provisoire peut être responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une partie quelconque si le tribunal arbitral décide par la suite que, dans les circonstances qui prévalaient alors, la mesure n'aurait pas dû être accordée."

95. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 26 était acceptable quant au fond.

Projet d'article 27

(correspondant à l'article 24 dans la version de 1976 du Règlement) – Preuves

Paragraphe 1

96. Il a été fait observer que le paragraphe 1, aux termes duquel chaque partie devait apporter la preuve des faits sur lesquels elle fondait ses chefs de demande ou ses moyens de défense, risquait d'être incompatible avec la loi applicable en matière de preuves, compte tenu des approches législatives différentes à ce sujet. Il a donc été proposé d'insérer, au début du paragraphe 1, les mots: "À moins que la loi applicable n'en dispose autrement". Cette proposition a recueilli un certain soutien car elle exprimait un souci légitime et permettrait de bien préciser quelle disposition prévaudrait au cas où le droit interne applicable comporterait une disposition différente de celle du paragraphe 1. Selon un autre avis, le paragraphe 1 n'était peut-être pas utile et pourrait être supprimé.

97. À l'encontre de la suppression ou de la modification du paragraphe 1, il a été dit que ce paragraphe avait pour objectif de préciser que les parties étaient censées prouver leurs allégations. Les arbitres auraient de toute façon la faculté de déterminer la loi applicable, notamment aux questions de preuve et de charge de la preuve. Il a en outre été dit que le principe général contenu dans le paragraphe 1 s'était avéré utile dans le contexte des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et figurait dans un certain nombre de règlements d'arbitrage d'institutions arbitrales.

98. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 1 sans modification étant entendu que celui-ci n'empêchait pas l'application des dispositions de la loi applicable relatives à la charge de la preuve.

Paragraphe 2

99. Le Groupe de travail a jugé acceptable la référence aux "témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins" figurant au paragraphe 2 et a approuvé le projet d'article 27 quant au fond.

Projet d'article 32

(correspondant à l'article 30 dans la version de 1976 du Règlement) – Renonciation au droit de faire objection

100. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 32 avait été reformulé conformément aux délibérations de sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 49 et 51).

101. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 32 quant au fond.

Section IV. La sentence

102. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les projets d'articles 33, 35, 37, 38, 40 et 43 de la section IV (La sentence) sans modification.

Projet d'article 34

(correspondant à l'article 32 dans la version de 1976 du Règlement) – Forme et effet de la sentence

Paragraphe 2

“exécutent” – “s’engagent”

103. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la troisième phrase du paragraphe 2, les mots “s’engagent à exécuter” par “exécutent”. Il a précisé qu’en adoptant cette modification, il n’entendait pas modifier la disposition sur le fond mais souhaitait seulement répondre à une préoccupation exprimée au sujet du sens attribué à ce terme dans certains États. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de supprimer les occurrences du verbe “s’engager” dans le Règlement afin d’en harmoniser le texte.

“mais non au droit de demander l’annulation d’une sentence”

104. Le Groupe de travail a examiné la quatrième phrase du paragraphe 2, qui traitait la question de la renonciation par les parties aux recours contre la sentence. Il est convenu, par principe, que le paragraphe 2 prévoirait que les parties renonçaient à tous les recours auxquels elles pouvaient valablement renoncer et qu’il serait rédigé de façon à éviter toute confusion quant à la portée de cette renonciation. Les avis ont divergé sur la manière de déterminer la portée de la renonciation.

105. Selon un avis, le fait que l’action en annulation de la sentence soit expressément exclue des recours auxquels renonçaient les parties susciterait un certain nombre de difficultés. Ce terme, a-t-on ajouté, n’était pas défini dans le Règlement. Bien qu’il en soit question dans le contexte de l’article V-1 e) de la Convention de New York et de l’article 34 de la Loi type de la CNUDCI, la notion d’“annulation” englobait diverses procédures et, selon les États, était appliquée différemment. On a en outre fait observer que l’article V-1 e) de la Convention de New York autorisait les juridictions étatiques à refuser la reconnaissance et l’exécution d’une sentence lorsque celle-ci avait été annulée ou suspendue par une autorité compétente. En conséquence, le texte, en mettant en avant ce recours particulier, risquait involontairement d’accroître le nombre des demandes en annulation, ce qui nuirait au caractère définitif des sentences.

106. Il a été proposé de remplacer les mots “mais non au droit de demander l’annulation d’une sentence” par les mots “pour autant qu’elles puissent y renoncer valablement”, de sorte que le libellé soit plus général et plus proche de celui des dispositions correspondantes prévues dans les règlements d’autres institutions arbitrales, comme l’article 28-6 du Règlement de la CCI et l’article 26.9 du Règlement LCIA. Une autre proposition était de limiter la renonciation aux recours concernant la révision de la sentence sur le fond.

107. À l'encontre de l'approche suivie dans ces propositions, il a été fait remarquer que les praticiens avaient des doutes quant à la portée de la renonciation et que, étant donné que le Groupe de travail ne souhaitait pas que celle-ci s'étende aux actions en annulation, le libellé révisé devait lever ces doutes. Il a été rappelé aussi que la référence, dans le paragraphe 2 du projet d'article 34, à une convention expresse des parties concernant la renonciation au droit de demander l'annulation d'une sentence visait à éviter les situations où les parties pourraient se voir automatiquement privées d'un recours exclusif en soumettant leur litige au Règlement. Il était donc jugé nécessaire d'exclure expressément ce recours particulier du champ de la renonciation et de conserver le paragraphe 2 tel qu'il apparaissait dans le projet d'article 34. Parmi ceux qui étaient favorables au maintien de cette exclusion expresse, certains ont proposé de modifier légèrement la troisième phrase du paragraphe 2 en remplaçant, à la fin de ce paragraphe, les mots "for an application for setting aside an award" (droit de demander l'annulation d'une sentence) par "for an application requesting a setting aside" (actions en annulation).

Droit de s'opposer à l'exécution d'une sentence

108. Afin de préciser la portée de la renonciation, le Groupe de travail a examiné s'il faudrait ajouter une disposition pour qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que le droit de s'opposer à l'exécution d'une sentence, prévu à l'article V de la Convention de New York et à l'article 36 de la Loi type de la CNUDCI, était exclu du champ de la renonciation. Il a donc été proposé d'insérer un libellé inspiré du paragraphe 45 de la note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type, libellé qui serait le suivant: "En s'appliquant aux recours, le présent paragraphe n'empêche pas une partie de demander à une juridiction étatique d'intervenir lorsqu'elle est défenderesse dans une procédure d'exécution." Une autre proposition faite dans le même but était de remplacer le mot "concernant" figurant après "recours" par le mot "contre" dans la quatrième phrase du paragraphe 2, ce qui rendait inutile une disposition sur l'exécution.

Version révisée proposée pour la disposition sur la renonciation aux recours

109. Afin de concilier les avis divergents, il a été proposé d'ajouter au début de la quatrième phrase du paragraphe 2 une formule qui serait libellée comme suit: "À condition qu'elles puissent le faire valablement". Il a également été proposé d'ajouter une phrase indiquant que rien dans le paragraphe 2 ne devait porter atteinte à l'exécution d'une sentence. Cette proposition a été appuyée.

110. À l'issue de la discussion, le texte suivant a été proposé: "À condition qu'elles puissent le faire valablement en adoptant le présent Règlement, elles renoncent à leur droit [à] [d'engager] toute forme d'appel [ou] de révision [ou de recours] contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente[, à l'exception des actions en annulation et des procédures concernant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence]." Cette proposition a été appuyée. Il a été dit que, si l'on prévoyait une exception à la renonciation, elle devait englober tous les recours que l'on entendait exclure de cette renonciation. Toutefois, on s'est demandé s'il était souhaitable d'énumérer expressément les exceptions à la règle générale de la renonciation au droit de recours, puisqu'il ressortait clairement des trois premières phrases du projet de paragraphe 2 que les sentences étaient

définitives et s'imposaient aux parties et que celles-ci étaient tenues d'exécuter sans délai toutes les sentences.

111. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de soumettre la proposition à la Commission pour qu'elle l'examine.

Projet d'article 36

(correspondant à l'article 34 dans la version de 1976 du Règlement) – Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

112. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 avait été révisé pour tenir compte de la décision prise au paragraphe 1 a) du projet d'article 30 de ne plus limiter le pouvoir du tribunal au simple fait d'ordonner la clôture de la procédure lorsqu'il devenait inutile ou impossible de poursuivre la procédure arbitrale. Il a jugé le projet d'article 36 acceptable quant au fond.

Projet d'article 39

(correspondant à l'article 37 dans la version de 1976 du Règlement) – Sentence additionnelle

113. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 intégrait une proposition, formulée à sa cinquante et unième session, qui visait à préciser que le projet d'article 39 s'appliquait également lorsque le tribunal ordonnait la clôture de la procédure arbitrale et qu'une partie souhaitait lui demander de rendre une décision additionnelle sur des chefs de demande qui avaient été présentés au cours de la procédure mais qui avaient été omis par le tribunal (A/CN.9/684, par. 113 à 116). Il a aussi noté que les paragraphes 2 et 3 avaient été modifiés en conséquence. Il a jugé le projet d'article 39 acceptable quant au fond.

Projet d'article 41

(correspondant à l'article 39 dans la version de 1976 du Règlement) – Honoraires et dépenses des arbitres

114. Le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur le projet d'article 41 en se fondant sur la version révisée qu'il avait examinée à sa session en cours et qui figure au paragraphe 36 ci-dessus.

Délai

115. Afin d'écartier les doutes relatifs à l'application du délai fixé dans lequel l'autorité de nomination devait se prononcer sur la proposition du tribunal arbitral concernant ses honoraires et dépenses, il a été suggéré de modifier comme suit la dernière phrase du paragraphe 3 du projet d'article 41: "Si, après avoir reçu cette demande d'examen, l'autorité de nomination estime que la proposition du tribunal arbitral est [manifestement] non conforme aux critères énoncés dans le paragraphe 1, elle apporte à la proposition, dans les quarante-cinq jours suivant sa réception, les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal." Il a été noté que, pour des raisons de cohérence, le paragraphe 4 devait être modifié de la même manière.

116. On s'est demandé si le délai de 45 jours dont disposait l'autorité de nomination pour se prononcer sur la proposition du tribunal arbitral concernant ses honoraires et dépenses, tel qu'il était prévu aux paragraphes 3 et 4, était adéquat.

Des points de vue divergents ont été exprimés quant à la question de savoir s'il fallait prévoir un délai plus bref. À ce sujet, il a été dit que le projet d'article ne prévoyait pas les conséquences de l'absence de réponse, de la part de l'autorité de nomination, dans le délai prévu au paragraphe 3. Son silence pouvait être interprété soit comme une approbation de la proposition des arbitres, soit, au contraire, comme une défaillance de sa part, qui permettrait à une partie de demander la désignation d'une autre autorité de nomination, conformément au mécanisme défini au projet d'article 6. Il a été estimé qu'il fallait introduire une certaine souplesse aux paragraphes 3 et 4 en prévoyant que l'autorité devait agir "promptement et, sauf circonstances exceptionnelles, dans les quarante-cinq jours". Cette proposition a recueilli un certain soutien. Toutefois, il a été souligné que cette formulation était peut-être trop vague et que les questions procédurales exigeaient des règles claires.

Mécanisme

117. Il a été estimé que, si les parties demandaient au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination, conformément au paragraphe 3, celui-ci devait être habilité à prolonger le délai dans lequel l'autorité de nomination existante devait prendre sa décision. Il a aussi été dit qu'il serait peut-être plus simple de reproduire au paragraphe 3 la procédure prévue au paragraphe 4, et d'autoriser le Secrétaire général de la CPA à trancher la question lorsque l'autorité de nomination n'agissait pas.

118. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait peut-être modifier la version révisée proposée pour les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 41 afin d'introduire une certaine souplesse dans leur application et de les aligner sur la disposition générale relative aux autorités de désignation et de nomination figurant au projet d'article 6. Selon le paragraphe 3, dès les premiers stades de la procédure, rapidement après la constitution du tribunal arbitral, les parties pouvaient demander à l'autorité de nomination choisie ou désignée conformément au projet d'article 6, de déterminer si la proposition du tribunal arbitral concernant ses honoraires ou ses dépenses était conforme au paragraphe 1. Si l'autorité de nomination ne leur répondait pas dans les 45 jours, les parties pouvaient estimer qu'il y avait défaillance de sa part et, conformément au projet d'article 6, pouvaient soit convenir de la désignation d'une autre autorité de nomination, soit demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité. Selon le paragraphe 4, à un stade avancé de la procédure, lorsque le tribunal arbitral informait les parties de ses honoraires et dépenses, une partie pouvait demander à l'autorité de nomination d'examiner la note d'honoraires et de dépenses. Si aucune autorité de nomination n'avait été choisie d'un commun accord ni désignée à ce stade avancé de la procédure, ou si l'autorité existante ne s'acquittait pas des fonctions qui lui incombaient, refusait de s'en acquitter ou n'était pas en mesure de s'en acquitter, la question serait alors portée devant le Secrétaire général de la CPA pour qu'il tranche.

119. On a craint qu'une telle disposition ne soit trop détaillée et ne pose des difficultés dans la pratique.

Rédaction

120. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 41, tel qu'il l'avait modifié à sa session en cours (voir ci-dessus, par. 36). Il a réaffirmé sa décision (voir par. 33

ci-dessus) que le mécanisme d'examen par l'autorité de nomination devrait s'appliquer à la fois aux honoraires et aux dépenses des arbitres; il est convenu d'insérer les mots "et dépenses" après le mot "honoraires" à chaque occurrence dans le projet d'article 41. Il a estimé que le critère, prévu au paragraphe 3, pour l'examen de la proposition concernant les honoraires et dépenses des arbitres, à savoir que celle-ci devait être "manifestement" non conforme au paragraphe 1, était trop exigeant et il est convenu de supprimer le mot "manifestement" du paragraphe 3. Le Groupe de travail est en outre convenu de supprimer les mots "critères énoncés dans" avant le mot "paragraphe" à chaque occurrence dans le projet d'article 41. Il a examiné les variantes proposées dans la dernière phrase du paragraphe 4 et exprimé une préférence pour les mots "mises en œuvre".

121. Pour concentrer la fonction d'examen sur les cas comportant un risque d'abus et éviter qu'un examen déjà effectué conformément au paragraphe 3 du projet d'article 41 ne soit répété inutilement, il a été proposé de modifier la troisième phrase du paragraphe 4 comme suit: "Si, après réception de cette demande d'examen, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA estime que la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral est manifestement excessive, compte tenu de la proposition de ce dernier visée au paragraphe 3 (et de toute modification qui y a été apportée le cas échéant) ou, dans la mesure où la note est non conforme à la proposition, estime que celle-ci ne satisfait pas au paragraphe 1, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA y apporte les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal." À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'un examen tendant à déterminer si les honoraires étaient "manifestement excessifs compte tenu de la proposition du tribunal arbitral" devait par exemple couvrir le cas où un arbitre avait fixé des honoraires finaux qui étaient techniquement conformes au taux horaire figurant dans sa proposition mais se fondaient sur un nombre d'heures discutable. Cette proposition a été généralement appuyée.

122. À l'issue de la discussion, il a été estimé qu'une version révisée de cette disposition devrait être examinée à un stade ultérieur. Compte tenu de la difficulté de parvenir à un consensus sur cette disposition, le Groupe de travail a décidé de la soumettre à la Commission pour examen.

Projet d'article 42

(correspondant à l'article 40 dans la version de 1976 du Règlement) – Répartition des frais

123. Il a été noté que, bien que la version révisée du Règlement régitte la fixation (projet d'article 40), la répartition (projet d'article 42) et la consignation du montant des frais (projet d'article 43), elle ne comportait pas de disposition sur le remboursement des parties. Il a aussi été noté que l'exécution de la décision sur les frais avait fréquemment suscité des difficultés dans certains États, lorsque l'ordonnance ou la sentence définitive ne faisait pas expressément référence au montant qu'une partie devait payer à l'autre. Le Groupe de travail est par conséquent convenu d'insérer dans la version révisée du Règlement, au projet d'article 42, un deuxième paragraphe qui serait libellé comme suit: "Le tribunal arbitral détermine dans la sentence définitive ou, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence, le montant qu'une partie peut avoir à payer à une autre partie en conséquence de la décision relative à la répartition."

124. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 42 quant au fond, avec les modifications mentionnées au paragraphe 123 ci-dessus.

Emplacement des projets de libellé type de clause compromissoire pour les contrats et de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11

125. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait approuvé le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats et les projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 figurant aux paragraphes 29, 31 et 33 du document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2 (voir par. 57 et 58 ci-dessus). Il est convenu d'insérer le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats et les projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 en annexe à la version révisée du Règlement et d'y faire référence dans la table des matières du Règlement ainsi que dans une note de bas de page sur les articles correspondants renvoyant à cette annexe.

Tableau de correspondance

126. Le Groupe de travail, prenant note du fait que les articles de la version révisée du Règlement seraient renumérotés, a examiné s'il fallait insérer dans la version révisée un tableau, ainsi qu'il était proposé en annexe au document A/CN.9/WG.II/WP.157, montrant la correspondance entre les articles de la version de 1976 du Règlement et ceux de la version révisée. On a craint que cela ne prête à confusion lorsque des dispositions faisant l'objet d'un seul article dans la version de 1976 avaient été scindées en deux articles ou plus dans la version révisée. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision à ce sujet et a noté que le Secrétariat insérerait un tel tableau dans les publications qui seraient préparées pour la version révisée du Règlement.

Projet d'article 6

Paragraphe supplémentaire proposé

127. Avant de clore la session, le Groupe de travail est convenu d'inclure dans le projet d'article 6 un paragraphe qui pourrait être libellé comme suit: "Lorsque le présent Règlement fixe un délai dans lequel une partie doit soumettre une question à une autorité de nomination et qu'aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ce délai est suspendu à partir de la date à laquelle une partie engage la procédure de choix ou de désignation d'une telle autorité jusqu'à la date de ce choix ou de cette désignation." Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'apporter les changements et les simplifications nécessaires aux dispositions concernées, lorsqu'il établirait le projet de version révisée du Règlement devant être examiné par la Commission.

**D. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges
commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,
soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
à sa cinquante-deuxième session
(A/CN.9/WG.II/WP.157 et Add.1 et 2)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-3
II. Remarques générales	4-5
III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	6-42
Section I. Dispositions préliminaires (projets d'articles 1 à 6)	6-22
Section II. Composition du tribunal arbitral (projets d'articles 7 à 16)	23-42
Annexe	
Tableau de correspondance	

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les activités futures du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement")¹. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, elle a généralement estimé qu'une révision éventuelle ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit, ni le style et qu'elle devrait en respecter la souplesse et non le compliquer². À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission est convenue qu'il fallait prendre le temps nécessaire pour satisfaire au niveau de qualité élevé exigé pour les textes de la CNUDCI, compte tenu de l'impact international du Règlement, et elle a exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu à sa quarante-troisième session en 2010³.

2. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 182 à 187.

² *Ibid.*, par. 184.

³ *Ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17)*, par. 298.

d'arbitrage pourrait être utile. À cette même session, il a donné des indications préliminaires sur diverses options à examiner concernant les révisions proposées, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, afin que le Secrétariat puisse préparer un projet de version révisée du Règlement qui en tienne compte. Le rapport de la session a été publié sous la cote A/CN.9/614. À ses quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007), quarante-septième (Vienne, 10-14 septembre 2007) et quarante-huitième (New York, 4-8 février 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné un projet de version révisée du Règlement, qui figurait dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.145 et A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1. Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/619, A/CN.9/641 et A/CN.9/646, respectivement. À ses quarante-neuvième (Vienne, 15-19 septembre 2008), cinquantième (New York, 9-13 février 2009) et cinquante et unième (Vienne, 14-18 septembre 2009) sessions, il a examiné en deuxième lecture les projets d'articles 1 à 39 de la version révisée du Règlement en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.151 et A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1. Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/665, A/CN.9/669 et A/CN.9/684, respectivement.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui se fonde sur les délibérations du Groupe de travail de ses quarante-neuvième à cinquante et unième sessions. Elle a été élaborée afin que le Groupe de travail l'examine lorsqu'il procédera à la troisième lecture de la version révisée du Règlement. Elle remplace les documents A/CN.9/WG.II/WP.154 et A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1, car il semblait plus clair de proposer un projet complet de version révisée plutôt que d'ajouter des annotations et des commentaires à ces documents antérieurs. La présente note porte sur les projets d'articles 1 à 16 de la version révisée du Règlement. Les projets d'articles 17 à 32 font l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1, et les projets d'articles 33 à 43, ainsi que le projet de libellé type de clause compromissoire, les projets de déclarations d'indépendance types et le projet de disposition supplémentaire proposé pour combler les lacunes du Règlement, font l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le précédent projet de version révisée du Règlement auquel il est fait référence ici est celui qui figure dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.151 et A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

II. Remarques générales

Renumérotation des articles

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les articles de la version révisée du Règlement devraient être renumérotés comme proposé dans la présente note et, dans l'affirmative, s'il conviendrait d'inclure dans cette version révisée un tableau, ainsi qu'il est proposé en annexe à la présente note, montrant la correspondance entre les articles de la version de 1976 du Règlement et ceux de la version révisée. Il souhaitera peut-être également décider si la clause compromissoire et les déclarations d'indépendance types doivent être placées à la fin de la version révisée du Règlement (A/CN.9/665, par. 22).

Dispositions qui devront être examinées lors de la troisième lecture de la version révisée du Règlement

5. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il a décidé, à ses quarante-neuvième, cinquantième et cinquante et unième sessions, d'examiner plus avant les projets de dispositions suivants de la version révisée du Règlement, qui figurent dans la présente note: le projet d'article 2, paragraphe 2, relatif à la remise de la notification d'arbitrage (voir ci-dessous, par. 8); le projet d'article 7, paragraphe 2, relatif au nombre d'arbitres (voir ci-dessous, par. 23); le projet d'article 14, paragraphe 2, relatif au remplacement d'un arbitre dans des circonstances exceptionnelles (voir ci-dessous, par. 36); et le projet d'article 16 relatif à la responsabilité (voir ci-dessous, par. 41).

III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section I. Dispositions préliminaires

Projet d'article premier

6. Le projet d'article premier est libellé comme suit:

Champ d'application

1. Si des parties sont convenues que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles.

2. Les parties à une convention d'arbitrage conclue après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement] sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version particulière du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après [date d'adoption par la CNUDCI de la version révisée du Règlement], d'une offre faite avant cette date.

3. Le présent Règlement régit l'arbitrage. Toutefois, en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut.

*Remarques sur le projet d'article premier [article premier dans la version de 1976 du Règlement]*⁴

7. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la première phrase du paragraphe 2, les mots “une autre version” par “une version particulière” et a approuvé quant au fond le projet d'article premier ainsi modifié à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 18 à 20). Il souhaitera peut-être noter que, par souci de clarté, les mots “à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version particulière du Règlement”, qui se trouvaient au début de la première phrase du paragraphe 2 dans la version précédente, ont été insérés à la fin de la phrase.

Projet d'article 2

8. Le projet d'article 2 est libellé comme suit:

Notification et calcul des délais

1. Une notification, y compris une communication ou une proposition, est remise par tout moyen de communication attestant sa transmission.

2. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit en mains propres au destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse désignée, soit encore – aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable – à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée reçue le jour d'une telle remise.

3. Tout délai prévu dans le présent Règlement court à compter du lendemain du jour où la notification, la communication ou la proposition est reçue. Si le dernier jour du délai est férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

*Remarques sur le projet d'article 2 [article 2 dans la version de 1976 du Règlement]*⁵

9. Les paragraphes 1 et 2 visent à faire suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa quarante-neuvième session d'insérer, au paragraphe 1, une disposition autorisant expressément la remise d'une notification par tout moyen de communication susceptible de prouver cette transmission et, au paragraphe 2, des dispositions pour le cas où une notification ne pourrait pas être remise en mains propres du destinataire (A/CN.9/665, par. 28 et 29).

10. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot “postale”, qui suivait le mot “adresse”, par l'adjectif “désignée” dans la

⁴ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 22 à 34, A/CN.9/619, par. 18 à 38, A/CN.9/646, par. 71 à 78, et A/CN.9/665, par. 18 à 20.

⁵ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 39 à 47, A/CN.9/619, par. 44 à 50, A/CN.9/646, par. 80 à 84, et A/CN.9/665, par. 23 à 31.

première phrase du paragraphe 2 (numéroté 1 dans la version de 1976) (A/CN.9/646, par. 82). Cette modification est la seule apportée au paragraphe de la version initiale quant au fond. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait ajouter des dispositions au paragraphe 2 pour fournir des indications supplémentaires aux parties, et en particulier pour limiter le risque que les communications pendant l'arbitrage ne se fassent par le biais d'adresses électroniques générales qui ne devraient pas en principe être utilisées à ces fins. Ces dispositions pourraient prévoir que toute notification peut aussi être remise à une adresse convenue par les parties ou, à défaut d'une telle convention, conformément à la pratique suivie par les parties lors de leurs opérations antérieures.

11. Le paragraphe 3 (numéroté 2 dans la version de 1976 du Règlement) est reproduit sans modification de fond par rapport à la version de 1976 et a été approuvé quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 31).

Projet d'article 3

12. Le projet d'article 3 est libellé comme suit:

Notification d'arbitrage

1. La partie ou les parties prenant l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommées "le demandeur") communiquent à l'autre partie ou aux autres parties (ci-après dénommées "le défendeur") une notification d'arbitrage.
2. La procédure arbitrale est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.
3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:
 - a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;
 - b) Les noms et coordonnées des parties;
 - c) La désignation de la convention d'arbitrage invoquée;
 - d) La désignation de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation considérée;
 - e) Une brève description du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;
 - f) L'objet de la demande;
 - g) Une proposition quant au nombre d'arbitres, à la langue et au lieu de l'arbitrage, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.
4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:
 - a) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1;
 - b) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1;

c) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10.

5. Un différend relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral. Ce différend est tranché définitivement par le tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 3 [article 3 dans la version de 1976 du Règlement]⁶

13. Le Groupe de travail est convenu que le demandeur ne déciderait s'il doit considérer sa notification d'arbitrage comme son mémoire en demande qu'au stade de la procédure visé au projet d'article 20 (qui correspond à l'article 18 dans la version de 1976 du Règlement). Il est donc convenu de supprimer, au paragraphe 4, la mention du "mémoire en demande visé à l'article 18" (A/CN.9/665, par. 36). Il a approuvé quant au fond le projet d'article 3 ainsi modifié à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 33 à 42).

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, suite à la proposition de présenter la disposition sur la réponse à la notification d'arbitrage dans un article séparé (A/CN.9/665, par. 32), l'ancien paragraphe 7 de l'article 3, qui portait sur les conséquences d'une notification incomplète, d'une réponse incomplète à cette notification ou de l'absence pure et simple de réponse, a été scindé en deux paragraphes: le paragraphe 5 du projet d'article 3 traite des conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète et le paragraphe 3 du projet d'article 4 des conséquences de l'absence de réponse ou d'une réponse incomplète ou tardive à la notification (voir ci-dessous, par. 17). Les mots "le tribunal arbitral prend les mesures qu'il juge appropriées", qui figuraient dans la version précédente de ce paragraphe 7, ont été supprimés car ce pouvoir d'appréciation du tribunal arbitral est un principe d'application générale qui est déjà prévu à l'article 17, paragraphe 1.

Projet d'article 4

15. Le projet d'article 4 est libellé comme suit:

Réponse à la notification d'arbitrage

1. Dans les trente jours de la réception de la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse, qui doit contenir les indications suivantes:

a) Le nom et les coordonnées de chaque défendeur;

b) Une réponse aux indications figurant dans la notification d'arbitrage, conformément à l'article 3, paragraphe 3 c) à g).

2. La réponse à la notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

a) Toute exception d'incompétence d'un tribunal arbitral constitué en vertu du présent Règlement;

⁶ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 48 à 55, A/CN.9/619, par. 51 à 57, et A/CN.9/665, par. 32 à 37 et 42.

- b) Une proposition tendant à désigner une autorité de nomination, visée à l'article 6, paragraphe 1;
 - c) Une proposition tendant à nommer un arbitre unique, visée à l'article 8, paragraphe 1;
 - d) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 9 ou à l'article 10;
 - e) Une brève description de la demande reconventionnelle ou de la demande en compensation éventuellement formée, y compris, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle elle porte, et l'objet de cette demande.
3. L'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage ou une réponse incomplète ou tardive à celle-ci n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 4 [article nouveau – article 3, paragraphes 5 à 7, dans le précédent projet de version révisée du Règlement]⁷

16. Dans le précédent projet de version révisée du Règlement, les dispositions sur la réponse à la notification d'arbitrage figuraient au projet d'article 3. Le Groupe de travail a noté qu'il serait peut-être préférable de les insérer dans un article séparé (A/CN.9/665, par. 32). Les paragraphes 1 et 2 (anciennement paragraphes 5 et 6 de l'article 3 dans le précédent projet) tiennent compte de la décision du Groupe de travail d'inclure dans le paragraphe 1 b) un renvoi au paragraphe 3 g) de l'article 3 (A/CN.9/665, par. 67) et de faire figurer l'exception d'incompétence du tribunal arbitral parmi les éléments facultatifs du paragraphe 2 (A/CN.9/665, par. 39). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les dispositions du projet d'article 4 quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 38 à 42).

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que l'ancien paragraphe 7 de l'article 3 sur les conséquences d'une notification d'arbitrage incomplète, d'une réponse incomplète à cette notification ou de l'absence pure et simple de réponse a été scindé en deux paragraphes et que le paragraphe 3 traite des conséquences de l'absence de réponse ou d'une réponse incomplète ou tardive à la notification (voir ci-dessus, par. 14).

Projet d'article 5

18. Le projet d'article 5 est libellé comme suit:

Représentation et assistance

Chaque partie peut se faire représenter ou assister par des personnes de son choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués à toutes les parties et au tribunal arbitral. Cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance. À tout moment, le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une

⁷ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 56 et 57, A/CN.9/619, par. 58 à 60, et A/CN.9/665, par. 32, 38 à 42 et 67.

partie, requérir, sous la forme qu'il détermine, la preuve des pouvoirs conférés au représentant d'une partie.

Remarques sur le projet d'article 5 [article 4 dans la version de 1976 du Règlement]⁸

19. Le projet d'article 5 inclut les modifications convenues par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 43 et 44) et a été approuvé quant au fond par ce dernier à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 45).

Projet d'article 6

20. Le projet d'article 6 est libellé comme suit:

Autorités de désignation et de nomination

1. À moins qu'une autorité de nomination n'ait déjà été choisie par les parties d'un commun accord, l'une d'elles peut à tout moment proposer le nom d'une ou de plusieurs institutions ou personnes, y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (ci-après la "CPA"), susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.

2. Si, dans les trente jours après que la proposition d'une partie visée au paragraphe 1 a été reçue par toutes les autres parties, aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord entre toutes les parties, l'une d'elles peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner cette autorité.

3. Si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autorité de nomination. Si l'autorité de nomination refuse de prendre une décision, ou ne prend pas de décision, à propos des honoraires des arbitres conformément à l'article 41, paragraphe 4, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de prendre cette décision.

4. Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions en vertu du présent Règlement, l'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA peuvent demander à toute partie et aux arbitres les renseignements qu'ils jugent nécessaires et donnent aux parties et, s'il y a lieu, aux arbitres la possibilité d'exposer leurs vues de la manière qu'ils jugent appropriée. Toutes les communications à cette fin qui émanent de l'autorité de nomination et du Secrétaire général de la CPA ou leur sont destinées sont également adressées, par leur expéditeur, à toutes les autres parties.

5. Lorsqu'il est demandé à l'autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 8, 9, 10 ou 14, la partie qui fait cette demande lui envoie copie de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à cette notification.

⁸ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 63 à 68, et A/CN.9/665, par. 43 à 45.

6. L'autorité de nomination a égard aux considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Remarques sur le projet d'article 6 [article nouveau – article 4 bis dans le précédent projet de version révisée du Règlement]⁹

21. Les paragraphes 1 et 4 incluent les modifications convenues par le Groupe de travail (A/CN.9/665, par. 51 et 54). Sous réserve de ces modifications, le projet d'article 6 a été approuvé quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 51 à 56).

22. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'une référence au "Secrétaire général de la CPA" et aux "arbitres" a été ajoutée dans la première phrase du paragraphe 4, car dans certains cas (notamment dans une procédure de récusation), le Secrétaire général de la CPA et les autorités de nomination peuvent, dans l'exercice de leurs fonctions, demander des renseignements aux arbitres (et pas seulement aux parties).

Section II. Composition du tribunal arbitral

Projet d'article 7

23. Le projet d'article 7 est libellé comme suit:

Nombre d'arbitres

1. Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres et si, dans les trente jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, elles ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.

2. Nonobstant le paragraphe 1, si aucune partie n'a répondu à une proposition tendant à nommer un arbitre unique dans le délai prévu au paragraphe 1 et si la partie ou les parties concernées n'ont pas nommé de deuxième arbitre en application de l'article 9 ou de l'article 10, l'autorité de nomination peut, à la demande d'une partie, nommer un arbitre unique selon la procédure prévue à l'article 8, paragraphe 2, si elle le juge plus approprié compte tenu des circonstances de l'espèce.

Remarques sur le projet d'article 7 [article 5 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁰

24. Le paragraphe 1 tient compte de la décision du Groupe de travail de maintenir la règle supplétive prévoyant la nomination de trois arbitres, énoncée dans l'article 5

⁹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 69 à 78, et A/CN.9/665, par. 46 à 56. Pour les discussions menées à la quarante-deuxième session de la Commission sur les autorités de désignation et de nomination, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17)*, par. 292 à 297.

de la version de 1976 du Règlement, à ceci près que cette règle supplétive s'appliquerait si les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur le nombre d'arbitres et si elles ne convenaient pas de la nomination d'un arbitre unique dans le délai de 30 jours prévu au projet d'article 4, paragraphe 1, pour répondre à la notification d'arbitrage (A/CN.9/665, par. 57 à 61, et 65 à 67).

25. À sa quarante-neuvième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant le paragraphe 2, qui prévoit un mécanisme de correction faisant intervenir l'autorité de nomination lorsqu'une partie, plus vraisemblablement le défendeur, ne participe pas à la détermination de la composition du tribunal arbitral et que le litige sur lequel porte l'arbitrage ne justifie pas la constitution d'un tribunal composé de trois arbitres (A/CN.9/665, par. 62 à 64).

Projet d'article 8

26. Le projet d'article 8 est libellé comme suit:

Nomination des arbitres (articles 8 à 10)¹¹

1. Si les parties sont convenues qu'il doit être nommé un arbitre unique et si, dans les trente jours de la réception par toutes les autres parties d'une proposition tendant à nommer un arbitre unique, les parties ne se sont pas entendues à ce sujet, un arbitre unique est nommé par l'autorité de nomination à la demande de l'une d'entre elles.

2. L'autorité de nomination nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle procède à cette nomination en utilisant le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les parties ne s'entendent pour écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination ne décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'utilisation du système des listes conformément à cette procédure ne convient pas dans le cas considéré:

a) L'autorité de nomination communique à chacune des parties une liste identique comprenant au moins trois noms;

b) Dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie peut la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restants dans l'ordre de ses préférences;

c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;

d) Si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

¹⁰ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 59 à 61, A/CN.9/619, par. 79 à 83, et A/CN.9/665, par. 57 à 67.

¹¹ Correspondent aux articles 6 à 8 dans la version de 1976 du Règlement.

*Remarques sur le projet d'article 8 [article 6 dans la version de 1976 du Règlement]*¹²

27. Le projet d'article 8 inclut les modifications adoptées par le Groupe de travail, qui l'a approuvé quant au fond, sous réserve de ces modifications, à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 68).

Projet d'article 9

28. Le projet d'article 9 est libellé comme suit:

1. S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral.
2. Si, dans les trente jours de la réception de la notification du nom de l'arbitre désigné par une partie, l'autre partie ne lui a pas notifié le nom de l'arbitre qu'elle a désigné, la première partie peut demander à l'autorité de nomination de nommer le deuxième arbitre.
3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par l'autorité de nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 8, paragraphe 2, pour la nomination de l'arbitre unique.

*Remarques sur le projet d'article 9 [article 7 dans la version de 1976 du Règlement]*¹³

29. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 9 quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 69).

Projet d'article 10

30. Le projet d'article 10 est libellé comme suit:

1. Aux fins de l'article 9, paragraphe 1, lorsqu'il doit être nommé trois arbitres et qu'il y a pluralité de demandeurs ou de défendeurs, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre méthode de nomination des arbitres, les demandeurs conjointement et les défendeurs conjointement nomment un arbitre.
2. Si les parties sont convenues que le tribunal arbitral sera composé d'un nombre d'arbitres autre que un ou trois, les arbitres sont nommés selon la méthode dont elles conviennent.
3. À défaut de constitution du tribunal arbitral conformément au présent Règlement, l'autorité de nomination constitue, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral et, ce faisant, peut révoquer tout arbitre déjà nommé et

¹² Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir les documents A/CN.9/619, par. 84, et A/CN.9/665, par. 68.

¹³ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 85, et A/CN.9/665, par. 69.

nommer ou renommer chacun des arbitres et désigner l'un d'eux arbitre-président.

Remarques sur le projet d'article 10 [article nouveau – article 7 bis dans le précédent projet de version révisée du Règlement]¹⁴

31. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 10 quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 71). Il souhaitera peut-être noter que les mots “conformément aux paragraphes 1 et 2” qui se trouvaient après “À défaut de constitution du tribunal arbitral” dans la précédente version du paragraphe 3 ont été supprimés et remplacés par “conformément au présent Règlement” car cette disposition peut s'appliquer dans tous les cas où le tribunal arbitral n'a pas pu être constitué conformément au Règlement.

Projet d'article 11

32. Le projet d'article 11 est libellé comme suit:

Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (articles 11 à 13)¹⁵

Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait.

Remarques sur le projet d'article 11 [article 9 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁶

33. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots “Déclarations des arbitres et” dans le titre du projet d'article 11 ainsi que les mots “et aux autres arbitres” après “parties” dans la seconde phrase du projet d'article 11. Sous réserve de ces modifications, il a approuvé le projet d'article 11 quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 73 et 74).

Projet d'article 12

34. Le projet d'article 12 est libellé comme suit:

1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.
2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.
3. En cas de carence d'un arbitre ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, la procédure de récusation prévue à l'article 13 s'applique.

¹⁴ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 62, A/CN.9/619, par. 86 à 93, et A/CN.9/665, par. 70 et 71.

¹⁵ Correspondent aux articles 9 à 12 de la version de 1976 du Règlement.

¹⁶ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 64 et 65, A/CN.9/619, par. 95, et A/CN.9/665, par. 73 et 74.

Projet d'article 13

35. Le projet d'article 13 est libellé comme suit:

1. Une partie qui souhaite récuser un arbitre notifie sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 11 et 12.
2. La notification de la récusation est communiquée à toutes les autres parties, à l'arbitre récusé et aux autres arbitres. Elle expose les motifs de la récusation.
3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, toutes les parties peuvent accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas la reconnaissance des motifs de la récusation.
4. Si, dans les quinze jours à compter de la date de la notification de la récusation, toutes les parties n'acceptent pas la récusation ou l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut décider de poursuivre la récusation. En ce cas, dans les trente jours à compter de la date de ladite notification, elle prie l'autorité de nomination de prendre une décision sur la récusation ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, elle engage la procédure pour choisir ou désigner une telle autorité, puis, dans les quinze jours qui suivent ce choix ou cette désignation, demande que soit prise une décision sur la récusation.

Projet d'article 14

36. Le projet d'article 14 est libellé comme suit:

Remplacement d'un arbitre

1. Sous réserve du paragraphe 2, en cas de nécessité de remplacer un arbitre pendant la procédure arbitrale, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 8 à 11 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé. Cette procédure s'applique même si une partie n'avait pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre devant être remplacé.
2. Si, à la demande d'une partie, l'autorité de nomination estime qu'il serait justifié, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce, de priver une partie du droit de nommer un remplaçant, elle peut, après avoir donné aux parties et aux arbitres restants la possibilité d'exprimer leurs vues: a) nommer le remplaçant; ou b) si cette situation se produit après la clôture des débats, autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence.

Remarques sur les projets d'articles 12¹⁷, 13¹⁸ et 14¹⁹ [articles 10, 11, 12 et 13 dans la version de 1976 du Règlement]

37. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la décision qu'il a prise à sa quarante-neuvième session, les articles sur la récusation d'arbitres (articles 10 à 12) et leur remplacement (article 13) de la version de 1976 ont été réorganisés. Le projet d'article 12 traite des motifs de la récusation ou des situations dans lesquelles une procédure de récusation serait possible. Le projet d'article 13 traite de la procédure de récusation et le projet d'article 14 de la procédure de remplacement. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les projets de dispositions proposés tiennent dûment compte des décisions qu'il a prises.

38. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les projets d'articles 12, 13 et 14 ci-dessus incluent les modifications adoptées par lui et qu'il a approuvé ces dispositions quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 81, 83, 84, 88, 91 à 93, 97, 98 et 102). Il est également convenu d'examiner plus avant le projet d'article 14, paragraphe 2, qui traite du cas où une partie, en des circonstances exceptionnelles, doit être privée de son droit de nommer l'arbitre remplaçant (A/CN.9/665, par. 115 à 117).

Projet d'article 15

39. Le projet d'article 15 est libellé comme suit:

Réouverture des débats en cas de remplacement d'un arbitre

En cas de remplacement d'un arbitre, la procédure reprend au stade où l'arbitre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, sauf si le tribunal arbitral en décide autrement.

Remarques sur le projet d'article 15 [article 14 dans la version de 1976 du Règlement]²⁰

40. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 15 quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 118).

Projet d'article 16

41. Le projet d'article 16 est libellé comme suit:

Responsabilité

Dans toute la mesure autorisée par la loi applicable, les parties renoncent à toute réclamation contre les arbitres, l'autorité de nomination, le Secrétaire

¹⁷ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 100, et A/CN.9/665, par. 81.

¹⁸ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 66, A/CN.9/619, par. 101 à 105, et A/CN.9/665, par. 82 à 102.

¹⁹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 63, 67 à 74, A/CN.9/619, par. 106 à 112, et A/CN.9/665, par. 103 à 117.

²⁰ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 75, A/CN.9/619, par. 113, et A/CN.9/665, par. 118.

général de la CPA et toute personne nommée par le tribunal arbitral pour un acte ou une omission en rapport avec l'arbitrage.

Remarques sur le projet d'article 16 [article nouveau]²¹

42. Le projet d'article 16 sur la responsabilité vise à tenir compte des commentaires faits à la quarante-huitième session du Groupe de travail, selon lesquels la disposition posant le principe de l'immunité devrait s'appliquer au plus grand nombre possible de participants à l'arbitrage et préserver l'exonération dans des cas où la loi applicable permet l'exonération contractuelle de responsabilité, dans toute la mesure autorisée par cette loi (A/CN.9/646, par. 38 à 45). Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant le projet d'article 16. Il souhaitera peut-être se demander si ce projet d'article devrait être inséré, tel que proposé, à la fin de la section II du Règlement.

²¹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 136, et A/CN.9/646, par. 38 à 45.

Annexe

Tableau de correspondance

<i>Version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>	<i>Version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI</i>
Section I. Dispositions préliminaires	Section I. Dispositions préliminaires
Champ d'application (article premier)	Champ d'application (article premier) – libellé type de clause compromissoire
Notification et calcul des délais (article 2)	Notification, calcul des délais (article 2)
Notification d'arbitrage (article 3)	Notification d'arbitrage (article 3)
Réponse à la notification d'arbitrage (article 4)	–
Représentation et assistance (article 5)	Représentation et assistance (article 4)
Autorités de désignation et de nomination (article 6)	–
Section II. Composition du tribunal arbitral	Section II. Composition du tribunal arbitral
Nombre d'arbitres (article 7)	Nombre d'arbitres (article 5)
Nomination des arbitres (articles 8 à 10)	Nomination des arbitres (articles 6 à 8)
Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres (articles 11 à 13)	Récusation d'arbitres (articles 9 à 12)
Remplacement d'un arbitre (article 14)	Remplacement d'un arbitre (article 13)
Réouverture des débats en cas de remplacement d'un arbitre (article 15)	Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre (article 14)
Responsabilité (article 16)	–
Section III. Procédure arbitrale	Section III. Procédure arbitrale
Dispositions générales (article 17)	Dispositions générales (article 15)
Lieu de l'arbitrage (article 18)	Lieu de l'arbitrage (article 16)
Langue (article 19)	Langue (article 17)
Mémoire en demande (article 20)	Requête (article 18)
Mémoire en défense (article 21)	Réponse (article 19)
Modification des chefs de demande ou des moyens de défense (article 22)	Modifications de la requête ou de la réponse (article 20)
Déclinatoire de compétence arbitrale (article 23)	Déclinatoire de compétence arbitrale (article 21)
Autres pièces écrites (article 24)	Autres pièces écrites (article 22)
Délais (article 25)	Délais (article 23)
Mesures provisoires (article 26)	Mesures provisoires ou conservatoires (article 26)
Preuves (article 27) – Audiences (article 28)	Preuves et audiences (articles 24 et 25)
Experts nommés par le tribunal arbitral (article 29)	Experts (article 27)
Défaut (article 30)	Défaut (article 28)
Clôture des débats (article 31)	Clôture des débats (article 29)
Renonciation au droit de faire objection (article 32)	Renonciation au droit de se prévaloir du présent Règlement (article 30)

*Version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI**Version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

Section IV. La sentence

Décisions (article 33)

Forme et effet de la sentence (article 34)

Loi applicable, amiable compositeur (article 35)

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure (article 36)

Interprétation de la sentence (article 37)

Rectification de la sentence (article 38)

Sentence additionnelle (article 39)

Définition des frais (article 40)

Honoraires des arbitres (article 41)

Répartition des frais (article 42)

Consignation du montant des frais (article 43)

- Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats
- Projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement

Section IV. La sentence

Décisions (article 31)

Forme et effet de la sentence (article 32)

Loi applicable, amiable compositeur (article 33)

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure (article 34)

Interprétation de la sentence (article 35)

Rectification de la sentence (article 36)

Sentence additionnelle (article 37)

Frais (articles 38 à 40)

Consignation du montant des frais (article 41)

A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges
commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,
soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
à sa cinquante-deuxième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1
II. Remarque générale	2
III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	3-43
Section III. Procédure arbitrale (projets d'articles 17 à 32)	3-43

I. Introduction

1. La présente note contient un projet annoté de version révisée des articles 17 à 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à ses quarante-neuvième, cinquantième et cinquante et unième sessions. Elle a été établie pour que le Groupe de travail l'examine lorsqu'il procédera à la troisième lecture de la version révisée du Règlement. Elle remplace les documents A/CN.9/WG.II/WP.154 et A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1, car il semblait plus clair de proposer un projet complet de version révisée du Règlement, au lieu d'ajouter des annotations et commentaires à ces documents antérieurs. Le projet annoté de version révisée des articles 1 à 16 du Règlement figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.157. Le projet annoté de version révisée des articles 33 à 43 du Règlement, ainsi que du libellé type de clause compromissoire, des déclarations d'indépendance types et de la disposition supplémentaire proposée pour combler les lacunes du Règlement, figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le précédent projet de version révisée du Règlement auquel il est fait référence ici est celui qui figure dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.151 et A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

II. Remarque générale

Dispositions qui devront être examinées pour la troisième lecture de la version révisée du Règlement

2. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il a décidé, à ses quarante-neuvième, cinquantième et cinquante et unième sessions, d'examiner plus avant les projets de dispositions suivants de la version révisée du Règlement

figurant dans le présent additif: paragraphe 5 du projet d'article 17 relatif à la participation de tiers à la procédure (voir par. 3 ci-après); paragraphes 8 et 9 du projet d'article 26 relatif aux mesures provisoires (voir par. 25 ci-après); paragraphe 2 du projet d'article 27 relatif à la définition des témoins (voir par. 30 ci-après); proposition concernant la récusation d'experts au projet d'article 29 (voir par. 37 ci-après); paragraphe 1 a) du projet d'article 30 relatif au pouvoir du tribunal arbitral au cas où le demandeur ne présente pas de mémoire en demande (voir par. 38 ci-après); et projet d'article 32 relatif à la renonciation au droit de faire objection (voir par. 42 ci-après).

III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section III. Procédure arbitrale

Projet d'article 17

3. Le projet d'article 17 est libellé comme suit:

Dispositions générales

1. Sous réserve des dispositions du présent Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chaque partie ait une possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties.
2. Le tribunal arbitral peut, à tout moment, après avoir invité les parties à exprimer leur vues, proroger ou abrégé tout délai qui est prescrit par le présent Règlement ou dont elles sont convenues.
3. Si, à un stade approprié de la procédure, une partie en fait la demande, le tribunal arbitral organise des audiences pour la production de preuves par témoins, y compris par des experts agissant en qualité de témoins, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, il décide s'il convient d'organiser de telles audiences ou si la procédure se déroulera sur pièces.
4. Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication[, à l'exception de celle visée à l'article 26, paragraphe 9], elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties.
5. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage, à condition que ceux-ci soient parties à la convention d'arbitrage, sauf s'il constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris à ce ou ces tiers, la possibilité d'être entendus, que la jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties. Le tribunal arbitral peut rendre une sentence unique ou plusieurs sentences à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage.

*Remarques sur le projet d'article 17 [article 15 dans la version de 1976 du Règlement]*¹

4. Les paragraphes 1, 2 (correspondant au paragraphe 1 *bis* dans le projet précédent de version révisée) et 3 (numéroté 2 dans le projet précédent de version révisée) ont été approuvés quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 119, 123, 125 et 126).
5. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots figurant entre crochets au paragraphe 4 (numéroté 3 dans le projet précédent de version révisée) devraient être examinés plus avant en fonction de sa décision sur le paragraphe 9 du projet d'article 26 relatif aux ordonnances préliminaires (A/CN.9/665, par. 127) (voir par. 29 ci-après).
6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant le libellé du paragraphe 5 sur la participation de tiers à la procédure (numéroté 4 dans le projet précédent de version révisée), qui vise à tenir compte de sa décision selon laquelle le tribunal arbitral pourrait décider d'adjoindre une personne à la procédure sans son consentement, à condition toutefois de lui donner préalablement la possibilité d'être entendue et de se prononcer sur le préjudice (A/CN.9/665, par. 128 à 135).

Projet d'article 18

7. Le projet d'article 18 est libellé comme suit:

Lieu de l'arbitrage

1. S'il n'a pas été préalablement convenu par les parties, le lieu de l'arbitrage est fixé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.
2. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié pour ses délibérations. Sauf convention contraire des parties, il peut aussi se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié à d'autres fins, y compris pour des audiences.

*Remarques sur le projet d'article 18 [article 16 dans la version de 1976 du Règlement]*²

8. Le projet d'article 18 intègre les modifications adoptées par le Groupe de travail. Ce dernier a approuvé quant au fond le projet d'article 18, ainsi modifié, à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 136 à 139).

¹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 76 à 86, A/CN.9/619, par. 114 à 136, et A/CN.9/665, par. 119 à 135.

² Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 87 à 90, A/CN.9/619, par. 137 à 144, et A/CN.9/665, par. 136 à 139.

Projet d'article 19

9. Le projet d'article 19 est libellé comme suit:

Langue

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique au mémoire en demande, au mémoire en défense et à tout autre exposé écrit et, en cas d'audience, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette audience.
2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes au mémoire en demande ou au mémoire en défense et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 19 [article 17 dans la version de 1976 du Règlement]³

10. Le projet d'article 19, qui reproduit sans modification de fond la version de 1976 du Règlement, a été approuvé quant au fond par le Groupe de travail à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 140 et 141).

Projet d'article 20

11. Le projet d'article 20 est libellé comme suit:

Mémoire en demande

1. Le demandeur communique son mémoire en demande par écrit au défendeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa notification d'arbitrage visée à l'article 3 comme un mémoire en demande, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées aux paragraphes 2 à 4 du présent article.
2. Le mémoire en demande comporte les indications ci-après:
 - a) Les noms et coordonnées des parties;
 - b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la demande;
 - c) Les points litigieux;
 - d) L'objet de la demande;
 - e) Les moyens ou arguments de droit invoqués à l'appui de la demande.
3. Une copie de tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et de la convention d'arbitrage est jointe au mémoire en demande.

³ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 91, A/CN.9/619, par. 145, et A/CN.9/665, par. 140 et 141.

4. Le mémoire en demande devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.

Remarques sur le projet d'article 20 [article 18 dans la version de 1976 du Règlement]⁴

12. Le projet d'article 20 intègre les modifications adoptées par le Groupe de travail. Ce dernier a approuvé quant au fond le projet d'article 20, ainsi modifié, à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 19 à 24).

13. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "duquel est né le litige ou auquel il se rapporte" ont été ajoutés pour préciser quel contrat ou instrument juridique devrait être joint au mémoire en demande. La seconde phrase du paragraphe 3 dans le projet précédent de version révisée constitue désormais un paragraphe distinct (à savoir le paragraphe 4) pour plus de clarté (voir par. 15 ci-après).

Projet d'article 21

14. Le projet d'article 21 est libellé comme suit:

Mémoire en défense

1. Le défendeur communique son mémoire en défense par écrit au demandeur et à chacun des arbitres, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral. Il peut décider de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage visée à l'article 4 comme un mémoire en défense, pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article.

2. Le mémoire en défense répond aux alinéas b), c), d) et e) du mémoire en demande (art. 20, par. 2). Il devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.

3. Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître.

4. Les dispositions de l'article 20, paragraphes 2 et 4, s'appliquent à la demande reconventionnelle et à la demande en compensation.

⁴ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 92, A/CN.9/619, par. 146 à 155, et A/CN.9/669, par. 19 à 24.

*Remarques sur le projet d'article 21 [article 19 dans la version de 1976 du Règlement]*⁵

15. La dernière phrase du paragraphe 1 traite du cas où le défendeur décide de considérer sa réponse à la notification d'arbitrage comme un mémoire en défense. Les mots "pour autant qu'elle respecte aussi les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article", qui ont été ajoutés à la fin de cette phrase (A/CN.9/669, par. 25), font pendant à la modification adoptée au paragraphe 1 du projet d'article 20. Le paragraphe 3 reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les demandes en compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel est fondée la demande principale et s'appliquer dans un éventail de situations plus large (A/CN.9/669, par. 27). Pour étendre cette compétence, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "fondé sur le même contrat" qui figuraient dans la version initiale du paragraphe 3 et d'ajouter les mots suivants à la fin de ce paragraphe: "à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître" (A/CN.9/669, par. 27 à 32). Au paragraphe 4, une référence aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 20 a été ajoutée car le Groupe de travail a exprimé le souhait que, conformément au paragraphe 4 de l'article 19 de la version de 1976 du Règlement, une demande reconventionnelle ou une demande en compensation soit, dans la mesure du possible, accompagnée de toutes pièces ou autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y réfère. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 21 quant au fond à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 25 à 33).

Projet d'article 22

16. Le projet d'article 22 est libellé comme suit:

Modification des chefs de demande ou des moyens de défense

Au cours de la procédure arbitrale, une partie peut modifier ou compléter ses chefs de demande ou ses moyens de défense, y compris une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement ou complément en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait aux autres parties ou de toute autre circonstance. Elle ne peut cependant modifier ou compléter les chefs de demande ou les moyens de défense, non plus que la demande reconventionnelle ou la demande en compensation, au point qu'ils sortent du champ de compétence du tribunal arbitral.

*Remarques sur le projet d'article 22 [article 20 dans la version de 1976 du Règlement]*⁶

17. Le Groupe de travail est convenu que, suite à la modification adoptée au paragraphe 3 du projet d'article 21 (voir par. 15 ci-dessus), la dernière phrase du

⁵ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 93 à 96, A/CN.9/619, par. 156 à 160, et A/CN.9/669, par. 25 à 33.

⁶ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 161, et A/CN.9/669, par. 34 et 35.

projet d'article 22 devrait être modifiée en conséquence pour parler non pas du "cadre de la convention d'arbitrage" mais de la "compétence du tribunal arbitral" (A/CN.9/669, par. 34). Il est convenu également de parler aussi des "moyens de défense" dans la deuxième phrase du projet d'article 22 afin d'aligner celle-ci sur la première phrase de l'article (A/CN.9/669, par. 35). Sous réserve de ces modifications, il a approuvé le projet d'article 22 quant au fond à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 34 et 35).

18. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, par souci de cohérence, les mots "une demande en compensation" ont été ajoutés après les mots "une demande reconventionnelle [ou]" dans les deux phrases du projet d'article 22; le mot "complément" a été ajouté après le mot "amendement" dans la première phrase et les mots "or supplemented" ont été insérés après le mot "amended" dans la version anglaise de la deuxième phrase.

Projet d'article 23

19. Le projet d'article 23 est libellé comme suit:

Déclinatoire de compétence arbitrale

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral est soulevée au plus tard dans le mémoire en défense ou, en cas de demande reconventionnelle ou de demande en compensation, dans la réplique. Le fait pour une partie d'avoir nommé un arbitre ou d'avoir participé à sa nomination ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 soit en la traitant comme une question préalable, soit dans une sentence sur le fond. Il peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute action pendante devant une juridiction étatique visant à contester sa compétence.

*Remarques sur le projet d'article 23 [article 21 dans la version de 1976 du Règlement]*⁷

20. Conformément aux décisions du Groupe de travail, dans la version anglaise, les mots “and void” qui apparaissaient après le mot “null” dans la dernière phrase du paragraphe 1 ont été supprimés (A/CN.9/669, par. 40 à 43) et le mot “automatically” est employé en lieu et place de la locution “*ipso jure*” (de plein droit) (A/CN.9/669, par. 44). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 23 quant au fond à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 36 à 46).

Projet d'article 24

21. Le projet d'article 24 est libellé comme suit:

Autres pièces écrites

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre le mémoire en demande et le mémoire en défense, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

*Remarques sur le projet d'article 24 [article 22 dans la version de 1976 du Règlement]*⁸

22. Le projet d'article 24, qui reproduit sans modification de fond la version de 1976 du Règlement, a été approuvé par le Groupe de travail à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 47).

Projet d'article 25

23. Le projet d'article 25 est libellé comme suit:

Délais

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des pièces écrites (y compris le mémoire en demande et le mémoire en défense) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est justifiée.

*Remarques sur le projet d'article 25 [article 23 dans la version de 1976 du Règlement]*⁹

24. Le projet d'article 25, qui reproduit sans modification de fond la version de 1976 du Règlement, a été approuvé par le Groupe de travail à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 48).

⁷ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 97 à 102, A/CN.9/619, par. 162 à 164, A/CN.9/641, par. 18, et A/CN.9/669, par. 36 à 46.

⁸ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 19, et A/CN.9/669, par. 47.

⁹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 20, et A/CN.9/669, par. 48.

Projet d'article 26

25. Le projet d'article 26 est libellé comme suit:

Mesures provisoires

1. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.
2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie notamment, mais non exclusivement:
 - 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, i) un préjudice immédiat ou imminent ou ii) 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 litige.
3. La partie demandant une 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 du litige. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.
4. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 ne s'appliquent que si le tribunal arbitral le juge approprié.
5. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu'il a accordée, à la demande d'une partie ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.
6. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.
7. Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire a été demandée ou accordée.
8. La partie qui demande une mesure provisoire peut être responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une partie

quelconque si le tribunal arbitral décide par la suite que, [compte tenu de toutes les circonstances] [en l'espèce], la mesure [n'aurait pas dû être accordée] [n'était pas justifiée]. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

9. Aucune disposition du présent Règlement n'a pour effet de créer un droit, ou de limiter un droit pouvant exister en dehors du Règlement, pour une partie de demander au tribunal arbitral, ni un pouvoir pour le tribunal arbitral de prononcer, dans les deux cas sans le notifier préalablement à une partie, une ordonnance préliminaire enjoignant à la partie de ne pas compromettre une mesure provisoire demandée.

10. Une demande de mesures provisoires adressée par une partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.

Remarques sur le projet d'article 26 [article 26 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁰

26. Conformément à la décision du Groupe de travail, le projet d'article 26 sur les mesures provisoires est placé avant les dispositions relatives aux preuves et aux audiences (A/CN.9/669, par. 85).

27. Les paragraphes 1 à 8 sont inspirés des dispositions sur les mesures provisoires contenues au chapitre IV A de la Loi type. Le paragraphe 9 (numéroté paragraphe 5 dans le projet précédent de version révisée) traite de la question des ordonnances préliminaires, et le paragraphe 10 correspond au paragraphe 3 de l'article 26 de la version de 1976 du Règlement (A/CN.9/641, par. 52). À la cinquantième session du Groupe de travail, la disposition sur les mesures provisoires a été longuement débattue sur la base de différentes propositions. La version actuelle reflète les modifications que le Groupe de travail est convenu d'apporter au projet d'article 26 (A/CN.9/669, par. 85 à 119). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 1 à 7 et 10 du projet d'article 26, et est convenu d'examiner plus avant les paragraphes 8 et 9.

28. À la cinquantième session du Groupe de travail, il a été dit que le paragraphe 8 risquait d'obliger une partie demandant une mesure provisoire à payer les frais et à réparer les dommages causés lorsque, par exemple, les conditions du projet d'article 26 avaient été respectées mais que ladite partie avait perdu l'arbitrage (A/CN.9/669, par. 116). Il en est ainsi notamment lorsque l'octroi de mesures provisoires n'était pas justifié au vu de l'issue de l'affaire, en particulier lorsque le tribunal arbitral constate par la suite que la demande en relation avec laquelle la mesure provisoire a été demandée n'est pas valable. Pour traiter ce problème, des variantes entre crochets sont proposées au Groupe de travail pour examen. Ce dernier sera saisi d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.127) pour l'aider à étudier plus avant la façon dont les différentes lois de l'arbitrage traitent la question

¹⁰ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 104 et 105, A/CN.9/641, par. 46 à 60, et A/CN.9/669, par. 85 à 119.

de la responsabilité pour les dommages qui pourraient résulter de l'octroi de mesures provisoires (A/CN.9/669, par. 118).

29. Le paragraphe 9, qui traite du pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des ordonnances préliminaires, tient compte des discussions du Groupe de travail à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 112). Il reflète une proposition formulée dans le but de concilier les avis divergents exprimés au sein du Groupe de travail au sujet des ordonnances préliminaires. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant cette disposition.

Projet d'article 27

30. Le projet d'article 27 est libellé comme suit:

Preuves

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense.
2. Toute personne peut être présentée par les parties comme témoin, y compris comme expert agissant en qualité de témoin, afin de déposer devant le tribunal arbitral sur toute question de fait ou d'expertise, même si elle est partie à l'arbitrage ou a un lien quelconque avec une partie. Sauf décision contraire du tribunal arbitral, les déclarations des témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins, peuvent prendre la forme d'un écrit qu'ils signent.
3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.
4. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de la force des preuves présentées.

Remarques sur le projet d'article 27 [article 24 dans la version de 1976 du Règlement]¹¹

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, pour plus de clarté, le projet d'article 27 ne devrait pas s'intituler "Preuves", puisqu'il traite des preuves et de la forme des déclarations présentées par les témoins et les experts.

32. Les paragraphes 1 et 3, qui reproduisent sans modification de fond la version de 1976 du Règlement, ont été adoptés par le Groupe de travail sans modification à sa cinquantième session (A/CN.9/669, par. 49, 70 et 75). Conformément à la décision prise par le Groupe de travail de regrouper, dans le projet d'article 27, toutes les dispositions relatives aux preuves, les dispositions des paragraphes 5 et 6 de l'article 25 de la version de 1976 du Règlement ont été placées dans le projet d'article 27 (en tant que deuxième phrase du paragraphe 2 et paragraphe 4 respectivement) (A/CN.9/669, par. 70, 72 et 73). La première phrase du paragraphe 2 se fonde sur les propositions de texte formulées au sein du Groupe de

¹¹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 103, A/CN.9/641, par. 21 à 26, et A/CN.9/669, par. 49 à 51 et 70 à 75.

travail. Il est proposé de l'intégrer dans le projet d'article 27, plutôt que dans le projet d'article 28, car elle a trait à la définition du terme "témoins" (A/CN.9/669, par. 57 à 60, 70, 76 et 77).

Projet d'article 28

33. Le projet d'article 28 est libellé comme suit:

Audiences

1. Lorsqu'une audience doit avoir lieu, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de l'audience.
2. Les témoins, y compris les experts agissant en qualité de témoins, peuvent être entendus selon les conditions et interrogés de la manière fixées par le tribunal arbitral.
3. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander qu'un ou plusieurs témoins, y compris des experts agissant en qualité de témoins, se retirent pendant la déposition des autres témoins. Toutefois, un témoin, y compris un expert agissant en qualité de témoin, qui est partie à l'arbitrage n'est pas, en principe, prié de se retirer.
4. Le tribunal arbitral peut décider que les témoins, y compris les experts agissant en qualité de témoins, seront interrogés par des moyens de télécommunication qui n'exigent pas leur présence physique à l'audience (tels que la visioconférence).

Remarques sur le projet d'article 28 [article 25 dans la version de 1976 du Règlement]¹²

34. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 28 devait s'intituler "Audiences" et l'a approuvé quant au fond à sa cinquantième session, sous réserve qu'il soit précisé au paragraphe 3 qu'une partie comparissant comme témoin (ou expert) ne devait en général pas être priée de se retirer pendant la déposition d'autres témoins (ou experts) (A/CN.9/669, par. 82 et 83). Il est proposé en conséquence d'ajouter, à la fin du paragraphe 3, la phrase "Toutefois, un témoin, y compris un expert agissant en qualité de témoin, qui est partie à l'arbitrage n'est pas, en principe, prié de se retirer."

Projet d'article 29

35. Le projet d'article 29 est libellé comme suit:

Experts nommés par le tribunal arbitral

1. Après consultation des parties, le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts indépendants chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, est communiquée aux parties.

¹² Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 27 à 45, et A/CN.9/669, par. 52 à 71, 73 et 76 à 84.

2. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.
3. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.
4. À la demande d'une partie, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, une partie peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 28 sont applicables à cette procédure.

Remarques sur le projet d'article 29 [article 27 dans la version de 1976 du Règlement]¹³

36. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail a jugé le projet d'article 29 généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/684, par. 21). Il voudra peut-être noter que le mot "indépendants" a été ajouté après le mot "experts" au paragraphe 1.

37. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail a noté qu'une délégation ferait une proposition relative à la récusation d'experts (A/CN.9/684, par. 21), dont la teneur serait la suivante: "Les experts nommés par le tribunal arbitral peuvent être récusés pour les mêmes raisons et de la même manière que les arbitres." Cette proposition pourra être examinée plus avant dans le document A/CN.9/WG.II/LII/CRP.2. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une autre solution consisterait à adopter une disposition rédigée dans des termes similaires à ceux de l'article 6 des règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international (Rules on the taking of evidence in international commercial arbitration). Celle-ci se lirait alors comme suit: "Avant d'accepter sa nomination, l'expert soumet au tribunal arbitral et aux parties une description de ses titres et une déclaration indiquant qu'il est indépendant des parties et du tribunal arbitral. Dans le délai prescrit par le tribunal arbitral, les parties font savoir à ce dernier si elles ont des objections quant à l'indépendance de l'expert. Le tribunal arbitral décide promptement s'il accepte ou non leurs objections." Si le Groupe de travail décide d'inclure une disposition sur la récusation d'experts, il souhaitera peut-être envisager d'en faire un nouveau paragraphe 2 du projet d'article 29.

¹³ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 106 et 107, A/CN.9/641, par. 61, et A/CN.9/684, par. 21.

Projet d'article 30

38. Le projet d'article 30 est libellé comme suit:

Défaut

1. Si, dans le délai fixé par le présent Règlement ou par le tribunal arbitral, sans invoquer d'empêchement légitime:

a) Le demandeur n'a pas communiqué son mémoire en demande, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale, sauf s'il subsiste des questions sur lesquelles il peut être nécessaire de statuer et si le tribunal juge approprié de le faire;

b) Le défendeur n'a pas communiqué sa réponse à la notification d'arbitrage ou son mémoire en défense, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure, sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur. Les dispositions du présent alinéa s'appliquent également lorsque le demandeur n'a pas présenté de réplique à une demande reconventionnelle ou à une demande en compensation.

2. Si une partie, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparait pas à une audience, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.

3. Si une partie, régulièrement invitée par le tribunal arbitral à produire des preuves complémentaires, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Remarques sur le projet d'article 30 [article 28 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁴

39. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 1 b), 2 et 3 du projet d'article 30 (A/CN.9/684, par. 27, 28 et 33) et est convenu d'examiner plus avant le paragraphe 1 a), qui a été reformulé pour préciser que le pouvoir du tribunal arbitral, en l'absence de mémoire en demande, n'est pas limité au simple fait d'ordonner la clôture de la procédure (A/CN.9/684, par. 22 à 26). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, par souci de cohérence, le paragraphe 2 du projet d'article 36 a été modifié de manière similaire (voir document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2, par. 10).

Projet d'article 31

40. Le projet d'article 31 est libellé comme suit:

Clôture des débats

1. Le tribunal arbitral peut demander aux parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, faute desquels il peut déclarer la clôture des débats.

¹⁴ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 62 à 64, et A/CN.9/684, par. 22 à 33.

2. Le tribunal arbitral peut, s'il l'estime nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles, décider, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, la réouverture des débats à tout moment avant le prononcé de la sentence.

Remarques sur le projet d'article 31 [article 29 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁵

41. Le Groupe de travail a approuvé le projet d'article 31 quant au fond à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 34 à 40).

Projet d'article 32

42. Le projet d'article 32 est libellé comme suit:

Renonciation au droit de faire objection

Une partie qui ne formule pas promptement d'objection au non-respect du présent Règlement ou d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection à moins qu'elle ne puisse montrer qu'en l'espèce, l'absence d'objection de sa part était justifiée.

Remarques sur le projet d'article 32 [article 30 dans la version de 1976 du Règlement]¹⁶

43. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant le projet d'article 32, qui a été reformulé pour couvrir la connaissance supposée du non-respect d'une disposition du Règlement ou d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage (A/CN.9/684, par. 49 et 51).

¹⁵ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 65, et A/CN.9/684, par. 34 à 40.

¹⁶ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 66 et 67, et A/CN.9/684, par. 41 à 51.

A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.2 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges
commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI,
soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
à sa cinquante-deuxième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1
II. Remarque générale	2
III. Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	3-35
Section IV. La sentence (projets d'article 33 à 43)	3-28
Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats	29-30
Projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement	31-33
Projet de disposition supplémentaire	34-35

I. Introduction

1. La présente note contient un projet annoté de la version révisée des articles 33 à 43 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui se fonde sur les délibérations du Groupe de travail à ses quarante-neuvième, cinquantième et cinquante et unième sessions. Elle a été établie à l'intention du Groupe de travail en vue de la troisième lecture de la version révisée du Règlement. Le projet annoté des articles 1 à 16 révisés est publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.157 et celui des articles 17 à 32 révisés sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, lorsque la présente note se réfère au projet antérieur de version révisée du Règlement, elle renvoie au projet figurant dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.151 et A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

II. Remarque générale

Dispositions qui devront être examinées pour la troisième lecture de la version révisée du Règlement

2. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il a décidé, à ses quarante-neuvième, cinquantième et cinquante et unième sessions, d'examiner plus avant les projets de dispositions suivants de la version révisée du Règlement, qui figurent dans le présent additif: projet d'article 34, paragraphe 2, sur la renonciation

au droit de recours (voir plus loin, par. 5); projet d'article 36, paragraphe 2, sur la clôture de la procédure (voir plus loin, par. 9); projet d'article 39 sur la sentence additionnelle (voir plus loin, par. 15); projets d'articles 40 à 43 sur les frais (voir plus loin, par. 17, 19, 25 et 27); et projet de disposition supplémentaire proposé pour le comblement des lacunes du Règlement (voir plus loin, par. 34).

III. **Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI**

Section IV. La sentence

Projet d'article 33

3. Le projet d'article 33 est libellé comme suit:

Décisions

1. En cas de pluralité d'arbitres, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité.
2. En ce qui concerne des questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal arbitral.

Remarques sur le projet d'article 33 [article 31 de la version de 1976 du Règlement]¹

4. À sa cinquante et unième session, faute de consensus en faveur de la modification du paragraphe 1 du projet d'article 33, le Groupe de travail est convenu de conserver cette disposition telle que rédigée dans la version de 1976 du Règlement en remplaçant les mots "lorsque les arbitres sont au nombre de trois" par "en cas de pluralité d'arbitres" (A/CN.9/684, par. 61). Il a approuvé quant au fond le paragraphe 2, qui est repris de la version de 1976, en remplaçant les mots "on his or her own" par "alone" (seul) dans la version anglaise (A/CN.9/684, par. 62).

Projet d'article 34

5. Le projet d'article 34 est libellé comme suit:

Forme et effet de la sentence

1. Le tribunal arbitral peut rendre des sentences séparées sur différentes questions à des moments différents.
2. Toutes les sentences sont rendues par écrit. Elles sont définitives et s'imposent aux parties. Les parties s'engagent à exécuter sans délai toutes les sentences. En adoptant le présent Règlement, elles renoncent à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours concernant une

¹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 108 à 112, A/CN.9/641, par. 68 à 77, et A/CN.9/684, par. 52 à 62.

sentence devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, mais non au droit de demander l'annulation d'une sentence.

3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.

4. La sentence est signée par les arbitres, porte mention de la date à laquelle elle a été rendue et indique le lieu de l'arbitrage. En cas de pluralité d'arbitres et lorsque la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.

5. La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente.

6. Une copie de la sentence signée par les arbitres est communiquée par le tribunal arbitral aux parties.

Remarques sur le projet d'article 34 [article 32 de la version de 1976 du Règlement]²

6. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 1 et 3 à 6 du projet d'article 34 à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 66, 87 et 89). La quatrième phrase du paragraphe 2 traite de la renonciation au droit de recours et a été reformulée compte tenu des délibérations de la cinquante et unième session, pour que le Groupe de travail l'examine plus avant (A/CN.9/684, par. 85 et 86).

Projet d'article 35

7. Le projet d'article 35 est rédigé comme suit:

Loi applicable, amiable compositeur

1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée.

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'amiable compositeur ou *ex aequo et bono* que s'il y a été expressément autorisé par les parties.

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération.

² Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 113 à 121, A/CN.9/641, par. 78 à 105, et A/CN.9/684, par. 63 à 90.

Remarques sur le projet d'article 35 [article 33 de la version de 1976 du Règlement]³

8. Les modifications que le Groupe de travail a décidé d'apporter au texte sont reflétées dans le projet d'article 35, qu'il a approuvé dans sa version ainsi modifiée à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 91 à 100).

Projet d'article 36

9. Le projet d'article 36 est libellé comme suit:

Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d'une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les parties lui en font la demande et s'il l'accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. Cette sentence n'a pas à être motivée.

2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Il est autorisé à rendre cette ordonnance sauf s'il subsiste des questions sur lesquelles il peut être nécessaire de statuer et si le tribunal juge approprié de le faire.

3. Le tribunal arbitral adresse aux parties une copie de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d'accord parties, signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 34 s'appliquent aux sentences arbitrales rendues d'accord parties.

Remarques sur le projet d'article 36 [article 34 de la version de 1976 du Règlement]⁴

10. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 1 et 3 à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 101 et 103). Le paragraphe 2 a été révisé pour tenir compte de la décision de modifier le paragraphe 1 a) du projet d'article 28 de manière à ne plus limiter le pouvoir du tribunal au simple fait d'ordonner la clôture de la procédure lorsqu'il devient inutile ou impossible de poursuivre la procédure arbitrale (voir document A/CN.9/WG.II/WP.157/Add.1, par. 39) (A/CN.9/684, par. 102).

³ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 122 à 124, A/CN.9/641, par. 106 à 113, et A/CN.9/684, par. 91 à 100.

⁴ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/641, par. 114, et A/CN.9/684, par. 101 à 103.

Projet d'article 37

11. Le projet d'article 37 est libellé comme suit:

Interprétation de la sentence

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation
2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence et les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 lui sont applicables.

Remarques sur le projet d'article 37 [article 35 de la version de 1976 du Règlement]⁵

12. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d'article 37 à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 104 et 105).

Projet d'article 38

13. Le projet d'article 38 est libellé comme suit:

Rectification de la sentence

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur ou omission de même nature. S'il considère que la demande est justifiée, il fait la rectification dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande.
2. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence, faire ces rectifications de sa propre initiative.
3. Ces rectifications sont faites par écrit et font partie intégrante de la sentence. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 s'y appliquent.

Remarques sur le projet d'article 38 [article 36 de la version de 1976 du Règlement]⁶

14. Le paragraphe 1 reflète la décision du Groupe de travail de prévoir un délai de 45 jours pour rectifier la sentence, lorsque la rectification est faite à la demande d'une partie (et non à l'initiative du tribunal) (A/CN.9/684, par. 107), et de faire référence à "une partie", plutôt qu'à "une partie quelconque", pour aligner le libellé de l'article 36 sur celui de l'article 37 (A/CN.9/684, par. 108). Le paragraphe 2 reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle les rectifications feraient partie intégrante de la sentence (A/CN.9/684, par. 112). Le Groupe de travail a

⁵ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 125 et 126, A/CN.9/641, par. 115, et A/CN.9/684, par. 104 et 105.

⁶ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 127, A/CN.9/641, par. 116, et A/CN.9/684, par. 106 à 112.

approuvé quant au fond le projet d'article 38 ainsi modifié à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 106 à 112).

Projet d'article 39

15. Le projet d'article 39 est libellé comme suit:

Sentence additionnelle

1. Dans les trente jours de la réception de l'ordonnance de clôture ou de la sentence, une partie peut, moyennant notification aux autres, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence ou une sentence additionnelle sur des chefs de demande qui ont été exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais sur lesquels il n'a pas statué.
2. Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il rend une sentence ou complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande. Il peut prolonger, si nécessaire, le délai dont il dispose pour rendre ou compléter la sentence.
3. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 34 s'appliquent à la sentence ou à la sentence additionnelle.

Remarques sur le projet d'article 39 [article 37 de la version de 1976 du Règlement]⁷

16. Le paragraphe 1 intègre la proposition, faite à la cinquante et unième session du Groupe de travail, de préciser que le projet d'article 39 s'applique également lorsque le tribunal ordonne la clôture de la procédure arbitrale et qu'une partie souhaite lui demander de rendre une décision additionnelle sur des chefs de demande qui ont été présentés au cours de la procédure mais qui ont été omis par le tribunal (A/CN.9/684, par. 113 à 116). Les paragraphes 2 et 3 ont été modifiés en conséquence. Le Groupe de travail est convenu à cette session d'examiner cette proposition plus avant (A/CN.9/684, par. 116).

Projet d'article 40

17. Le projet d'article 40 est libellé comme suit:

Définition des frais

1. Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans la sentence définitive et, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence.
2. Les "frais" comprennent uniquement:
 - a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 41;
 - b) Les frais de déplacement et autres dépenses raisonnables faites par les arbitres;

⁷ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 128 et 129, A/CN.9/641, par. 117 à 121, et A/CN.9/684, par. 113 à 116.

c) Les frais raisonnables exposés pour toute expertise et pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;

d) Les frais de déplacement et autres dépenses raisonnables des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;

e) Les frais de représentation et autres exposés par les parties en rapport avec l'arbitrage dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;

f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la CPA.

3. Lorsqu'il lui est demandé d'interpréter, de rectifier ou de compléter une sentence conformément aux articles 37 à 39, le tribunal arbitral peut percevoir les frais mentionnés aux alinéas b) à f) du paragraphe 2, mais ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires.

Remarques sur le projet d'article 40 [article 38 de la version de 1976 du Règlement]⁸

18. Le projet d'article 40 a été modifié pour tenir compte des débats du Groupe de travail à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 117 à 119). Le paragraphe 1 précise que le tribunal peut fixer les frais de l'arbitrage dans plusieurs sentences (A/CN.9/684, par. 120). Le paragraphe 2 e) a été modifié et prévoit à présent que les frais exposés par les parties peuvent comprendre les frais de représentation ainsi que d'autres frais liés à l'arbitrage. Le paragraphe 3 contient une version révisée de la disposition figurant à l'article 40, paragraphe 4, de la version de 1976 du Règlement. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette disposition (A/CN.9/646, par. 31 à 36).

Projet d'article 41

19. Le projet d'article 41 est libellé comme suit:

Honoraires des arbitres

1. Le montant des honoraires des arbitres doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la CPA et si cette autorité applique ou déclare qu'elle appliquera un barème ou une méthode particulière pour déterminer les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème ou de cette méthode dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

⁸ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 130 à 132, A/CN.9/646, par. 18 et 19, et A/CN.9/684, par. 117 à 121.

3. Rapidement après sa constitution, le tribunal arbitral informe les parties de la façon dont il propose de déterminer ses honoraires, y compris les taux qu'il entend appliquer. Dans les quinze jours de la réception de cette proposition, toute partie estimant que celle-ci ne satisfait pas aux critères énoncés dans le paragraphe 1 peut la transmettre à l'autorité de nomination pour examen ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, peut engager la procédure visant à choisir ou à désigner une telle autorité, puis dans les quinze jours qui suivent ce choix ou cette désignation, transmettre la proposition du tribunal arbitral à ladite autorité pour examen. Dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la proposition transmise par la partie, l'autorité de nomination détermine si celle-ci satisfait aux critères du paragraphe 1 et, si tel n'est pas le cas, peut y apporter les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal. Tout au long de cette procédure, le tribunal arbitral reste soumis à l'obligation continue de poursuivre l'arbitrage, conformément au paragraphe 1 de l'article 17.

4. Lorsqu'il informe les parties des honoraires [et des dépenses] des arbitres qui ont été fixés en application de l'article 40, paragraphe 2 a), b) et c), le tribunal arbitral explique également la manière dont les montants correspondants ont été calculés. Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires [et de dépenses] du tribunal arbitral, toute partie peut transmettre celle-ci à l'autorité de nomination pour examen ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou si cette autorité ne s'acquitte pas des fonctions qui lui incombent en vertu du présent paragraphe, refuse de s'en acquitter ou n'est pas en mesure de s'en acquitter, au Secrétaire général de la CPA. Dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la note ainsi transmise par la partie, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA détermine si les honoraires [et les dépenses] du tribunal arbitral satisfont aux critères du paragraphe 1 tels qu'appliqués dans la proposition du tribunal conformément au paragraphe 3 et, s'ils n'y satisfont pas, peut y apporter les modifications nécessaires, qui s'imposent au tribunal. Ces modifications soit sont incluses par le tribunal dans sa sentence soit, si la sentence a déjà été rendue, sont considérées comme rectifiant la sentence conformément à l'article 38.

Remarques sur le projet d'article 41 [article 39 de la version de 1976 du Règlement]⁹

20. Le paragraphe 1 reste inchangé par rapport à la version de 1976 du Règlement.

21. Le paragraphe 2 contient la formule "applique ou déclare qu'elle appliquera" pour tenir compte des cas où une autorité de nomination, le plus probablement une personne, appliquerait un barème d'honoraires défini par une institution (A/CN.9/684, par. 122). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la

⁹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 133 et 134, A/CN.9/641, par. 122 à 126, A/CN.9/646, par. 20 à 27, et A/CN.9/684, par. 122 à 126.

disposition mentionne non seulement le “barème” mais également la “méthode” de détermination des honoraires.

22. Les paragraphes 3 et 4 ne figuraient pas dans la version de 1976 du Règlement. Ils ont été ajoutés suite à la décision du Groupe de travail de prévoir des règles sur le contrôle, par les autorités de nomination ou par le Secrétaire général de la CPA, des honoraires demandés par les arbitres (A/CN.9/646, par. 20, 21 et 24 à 27). Ils visent tous deux à répondre aux inquiétudes exprimées par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session (A/CN.9/684, par. 123 à 126).

23. Le paragraphe 3 traite des informations que les arbitres doivent communiquer aux parties, lorsque commence la procédure arbitrale, sur la manière dont les honoraires seront déterminés. Il permet aux parties de contrôler la fixation des honoraires dès le début de la procédure. Il prévoit des délais précis pour soumettre à l'autorité de nomination la proposition des arbitres concernant la méthode de détermination des honoraires. Il fixe également un délai dans lequel l'autorité doit se prononcer. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il est fait mention de l'obligation du tribunal arbitral de poursuivre l'arbitrage comme prévu au projet d'article 17, paragraphe 1, afin d'éviter que la question des honoraires ne retarde la procédure arbitrale.

24. Le paragraphe 4 s'applique aux situations où les honoraires et les dépenses ont été fixés. Il impose aux arbitres l'obligation d'expliquer le calcul des honoraires à des fins de transparence. Il fixe des délais afin que la question des honoraires ne retarde pas la clôture de la procédure arbitrale. Afin d'être complet, le paragraphe 4 traite de la situation dans laquelle aucune autorité de nomination n'est désignée ou dans laquelle cette autorité ne s'acquitte pas des fonctions prévues au paragraphe 4. Dans ce cas, il autorise le Secrétaire général de la CPA à revoir la décision du tribunal arbitral concernant les frais (A/CN.9/684, par. 126). Les différentes occurrences des mots “et les dépenses” au paragraphe 4 ont été mises entre crochets, car le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le contrôle exercé par l'autorité de nomination et le Secrétaire général de la CPA devrait aussi porter sur les dépenses.

Projet d'article 42

25. Le projet d'article 42 est libellé comme suit:

Répartition des frais

Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

Remarques sur le projet d'article 42 [article 40 de la version de 1976 du Règlement]¹⁰

26. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail a examiné s'il était nécessaire de restructurer les articles 38 et 40 du Règlement (qui correspondent aux

¹⁰ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 135, et A/CN.9/646, par. 28 à 36.

projets d'articles 40 et 42), afin d'éviter tout chevauchement (A/CN.9/684, par. 119). Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 40 de la version de 1976 du Règlement a été supprimé car son contenu est reflété au paragraphe 1 du projet d'article 40. Le paragraphe 4 a été supprimé et son contenu placé au projet d'article 40, paragraphe 3 (voir plus haut, par. 18). Il est rappelé que l'article 40, paragraphe 2, de la version de 1976 a été supprimé conformément à la décision du Groupe de travail à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 28 à 36).

Projet d'article 43

27. Le projet d'article 43 est libellé comme suit:

Consignation du montant des frais

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 40, paragraphe 2 a), b) et c).
2. Au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.
3. Si une autorité de nomination a été choisie d'un commun accord ou désignée et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.
4. Si les sommes dont la consignation est demandée ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la demande, le tribunal arbitral en informe les parties afin qu'une ou plusieurs d'entre elles puissent effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, le tribunal arbitral peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure d'arbitrage.
5. Après avoir ordonné la clôture de la procédure ou rendu une sentence définitive, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes consignées; il leur restitue tout solde non dépensé.

Remarques sur le projet d'article 43 [article 41 de la version de 1976 du Règlement]¹¹

28. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 43 à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 37). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "Après le prononcé de la sentence", qui figuraient à l'article 41, paragraphe 5, de la version de 1976 du Règlement ont été remplacés dans le projet d'article 43, paragraphe 5, par "Après avoir ordonné la clôture de la procédure ou rendu une sentence définitive".

¹¹ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir document A/CN.9/646, par. 37.

Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats

29. Le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats est le suivant:

Tout litige, différend ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat, ou à son inexécution, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:

- a) L'autorité de nomination sera... (nom de la personne ou de l'institution);
- b) Le nombre d'arbitres est fixé à... (un ou trois);
- c) Le lieu de l'arbitrage sera... (ville et pays);
- d) La langue à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera...

*Remarques sur le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats*¹²

30. Le Groupe de travail a approuvé le projet de libellé type de clause compromissoire quant au fond à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 21).

Projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement

31. Les projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement sont libellés comme suit:

Aucune circonstance à signaler: Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres arbitres de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Circonstances à signaler: Je suis impartial et indépendant de chacune des parties, et j'entends le rester. Est jointe à la présente une déclaration faite en application de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance pertinente. [Inclure la déclaration] Je confirme que ces circonstances ne nuisent pas à mon indépendance et à mon impartialité. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres arbitres toute autre relation ou

¹² Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/614, par. 36 à 38, A/CN.9/619, par. 39 à 42, A/CN.9/646, par. 79, et A/CN.9/665, par. 21 et 22.

circonstance de cette nature qui pourrait par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

*Remarques sur les projets de déclarations d'indépendance types*¹³

32. Les projets de déclarations d'indépendance types visent à prendre en compte les débats du Groupe de travail à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/665, par. 75 à 80). L'objectif de la deuxième déclaration est de permettre aux parties de déterminer s'il existe véritablement des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. Les modifications apportées à la deuxième déclaration visent à assurer sa cohérence avec le projet d'article 11 (A/CN.9/665, par. 77 et 80).

33. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la déclaration suivante pourrait être ajoutée dans les projets ci-dessus:

“Note – Les parties pourraient envisager d'ajouter ce qui suit dans la déclaration d'indépendance:

Je confirme, sur la base des informations dont je dispose actuellement, que je peux consacrer le temps nécessaire pour conduire le présent arbitrage de manière diligente et efficace dans le respect des délais fixés par le Règlement.”

Projet de disposition supplémentaire

34. Le projet de disposition supplémentaire est libellé comme suit:

[Les questions concernant les matières régies par le Règlement qui ne sont pas expressément réglées par lui sont réglées selon les principes généraux dont il s'inspire.]

*Remarques sur la disposition supplémentaire proposée*¹⁴

35. Le projet de disposition supplémentaire pose une règle générale visant à préciser que les questions auxquelles le Règlement s'applique et qu'il ne règle pas expressément sont réglées selon les principes généraux dont il s'inspire. Le Groupe de travail est convenu, à sa quarante-huitième session, d'examiner plus avant si cette disposition devrait figurer dans le Règlement (A/CN.9/646, par. 50 à 53). S'il décide de l'y inclure, il voudra peut-être en déterminer l'emplacement et examiner également comment devront être déterminés les principes généraux dont s'inspire le Règlement, le projet de disposition laissant cette question ouverte.

¹³ Pour les débats aux précédentes sessions du Groupe de travail, voir documents A/CN.9/619, par. 96 à 99, et A/CN.9/665, par. 75 à 80.

¹⁴ Pour les débats sur la disposition supplémentaire proposée, voir documents A/CN.9/614, par. 120 et 121, et A/CN.9/646, par. 50 à 53.

II. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009) (A/CN.9/685)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-12
II. Organisation de la session	13-18
III. Délibérations et décisions	19
IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle	20-95
A. Introduction	20-25
B. Champ d'application et autonomie des parties	26-27
C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	28-35
D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ..	36-38
E. Le système de registre	39-46
F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	47-72
G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle	73-75
H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement de la propriété intellectuelle	76
I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle. . .	77-86
J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle. .	87-94
K. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence	95
V. Travaux futurs	96

I. Introduction

1. À sa seizième session, le Groupe de travail VI a poursuivi l'élaboration d'un Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le Guide") spécialement consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, conformément à une décision prise par la Commission à sa

quarantième session, en 2007¹. Cette décision avait été motivée par la nécessité de compléter les travaux sur le Guide en donnant des orientations précises aux États quant à la coordination appropriée entre le droit des opérations garanties et la loi sur la propriété intellectuelle².

2. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a envisagé ses travaux futurs dans le domaine de la loi sur le financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple droits d'auteur, brevets ou marques) devenaient une source de crédit extrêmement importante et ne devraient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés sur la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec la loi sur la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques de la loi sur la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, les États adoptants devraient envisager d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects³.

3. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le Secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans la loi sur le financement garanti et la loi sur 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 nécessaire⁴. 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 sur le 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 participent⁵.

4. Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007) auquel ont participé des experts de la loi sur le financement garanti et de la loi sur la propriété intellectuelle, y compris des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qui devraient être apportées au projet

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 162.

² *Ibid.*, par. 157.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 81 et 82.

⁴ *Ibid.*, par. 83.

⁵ *Ibid.*, par. 86.

de guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle⁶.

5. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée “Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle” (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Afin de donner des orientations suffisantes aux États sur les modifications qu’ils devraient éventuellement apporter à leurs lois pour éviter des incohérences entre la loi sur le financement garanti et la loi sur la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d’établir une annexe au projet de guide consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle⁷.

6. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide, étant entendu qu’une annexe consacrée spécialement aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle serait élaborée par la suite⁸.

7. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée “Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle” (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d’annexe au Guide relatif aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). N’étant pas parvenu à un accord sur le point de savoir si certaines questions relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) étaient suffisamment liées au droit des opérations garanties pour justifier leur traitement dans l’annexe du Guide, il a décidé d’y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) soit prié d’examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a noté également la décision du Groupe de travail concernant certaines questions relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle et a décidé que le Groupe de travail V soit informé et invité à faire part de son opinion préliminaire à sa prochaine session. Il a aussi été décidé que, dans l’éventualité où il resterait des questions à soumettre conjointement aux deux groupes de travail après cette session, le Secrétariat pourrait organiser une discussion conjointe sur l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant un bien intellectuel lorsque les deux groupes se réuniraient au printemps de 2009⁹.

9. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée “Annexe au

⁶ Voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

⁷ *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

⁸ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17) Part II, par. 99 et 100.

⁹ *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle” (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). À cette session, il a demandé au Secrétariat de préparer une version révisée du projet d’annexe qui tienne compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/667, par. 15). Il a également soumis au Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) certaines questions ayant trait à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 140). De l’avis général, tout devait être fait à cet égard pour conclure le plus tôt possible les discussions sur ces questions afin que leurs résultats puissent être inclus dans le projet d’annexe d’ici à l’automne 2009, ou au début du printemps 2010, et que le projet d’annexe puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session en 2010 (voir A/CN.9/667, par. 143).

10. À sa quinzième session (New York, 27 avril-1^{er} mai 2009), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée “Projet d’annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle” (A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4). À cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer un projet révisé d’annexe en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/670, par. 16). En outre, le Groupe de travail, ayant pris acte de la note du Secrétariat intitulée “Traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité” (A/CN.9/WG.V/WP.87) a approuvé quant au fond le traitement de l’incidence de l’insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d’un accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40) et en a saisi le Groupe de travail V (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122). Par ailleurs, le Groupe de travail a entrepris l’examen préliminaire de son programme de travail futur (voir A/CN.9/670, par. 123 à 126).

11. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) a examiné les questions relatives à l’insolvabilité que lui avait soumises le Groupe de travail VI en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, ainsi qu’un extrait du rapport de ce Groupe (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122). À cette session, il a approuvé le contenu des parties du projet d’annexe présentées aux paragraphes 22 à 40 du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, qui concernaient l’incidence de l’insolvabilité d’un donneur ou d’un preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté grevant ses droits découlant d’un accord de licence. Il a également approuvé les conclusions et modifications dont le Groupe de travail VI était convenu à sa quinzième session (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122).

12. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a remercié le Groupe de travail VI et le Secrétariat des progrès réalisés jusque-là et a souligné l’importance du projet de supplément (ci-dessus “le projet d’annexe”). Elle a également noté avec satisfaction les résultats du travail de coordination entrepris par les Groupes de travail V et VI en ce qui concerne les questions relatives à l’insolvabilité dans le contexte de la propriété intellectuelle. Compte tenu de l’intérêt manifesté par les milieux de la propriété intellectuelle à l’échelle internationale, elle a prié le Groupe de travail VI d’accélérer ses travaux de manière à achever l’élaboration du projet de supplément en une ou deux sessions, et

à le lui présenter pour finalisation et adoption à sa quarante-troisième session, en 2010, afin qu'il puisse être proposé aux États pour adoption le plus rapidement possible. En outre, elle a noté avec intérêt les thèmes des travaux futurs examinés par le Groupe de travail à ses quatorzième et quinzième sessions et est convenue qu'il serait possible d'avancer dans cette tâche si le Groupe de travail, en fonction du temps disponible, abordait la question à sa seizième session. En ce qui concernait les modalités d'établissement d'un programme de travaux futurs pour le Groupe de travail, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. Il a été généralement convenu que, avec une note que le Secrétariat était prié de rédiger, la Commission serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail à sa quarante-troisième session, en 2010¹⁰.

II. Organisation de la session

13. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa seizième session à Vienne du 2 au 6 novembre 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Liban, Mexique, Norvège, Ouganda, Pologne, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

14. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Angola, Argentine, Belgique, Côte d'Ivoire, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine, Géorgie, Indonésie, Philippines, Qatar, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tadjikistan et Togo. La Palestine a assisté à la session en tant qu'entité ayant une mission permanente d'observation.

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

- a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;
- b) *Organisations intergouvernementales*: Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH);
- c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association communautaire du droit des marques (ECTA), Association des industries de marque (AIM), Association des propriétaires européens de marques de commerce (MARQUES), Association internationale pour les marques (INTA), Commercial Finance Association (CFA), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Fédération internationale de l'industrie phonographique, Fédération internationale des archives de télévision (FIAT), Fédération internationale des associations de distributeurs de films (FIAD),

¹⁰ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 317 à 319.

Fédération internationale des associations de producteurs de films (FIAPF), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC) et International Insolvency Institute (III).

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

Présidente: M^{me} Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Magued Sobhy BOULOS (Égypte)

17. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: A/CN.9/WG.VI/WP.38 (Ordre du jour provisoire), A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7 (Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle) et A/CN.9/WG.VI/WP.40 (Proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé).

18. 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. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

19. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7) et une proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.VI/WP.40). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions au chapitre IV ci-après. Le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du projet de supplément en tenant compte de ces délibérations et décisions.

IV. Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle

A. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 1 à 59)

1. Historique (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 1 à 12)

20. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 12 quant au fond sans modification.

2. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 13 à 18)

21. Le Groupe de travail est convenu que le projet de supplément énoncerait, dans des termes généraux, le principe général du droit des biens et du droit des opérations garanties selon lequel une sûreté réelle mobilière était limitée aux droits que le constituant avait sur le bien grevé tels qu'ils étaient déterminés par le droit des biens ou le droit des contrats. Il a été largement estimé que, en conséquence de ce principe (dit "principe *nemo dat*"), le créancier garanti ne pouvait acquérir sur le bien grevé plus de droits que n'en avait le constituant, qu'il s'agisse d'un bien meuble corporel, d'une créance ou d'une propriété intellectuelle. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 13 à 18 quant au fond.

3. Terminologie (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 19 à 39)

22. Il a été convenu que: a) dans la dernière phrase du paragraphe 22, il serait précisé que le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence pouvaient grever tout ou partie de leurs droits, mais seulement s'ils étaient transférables conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; et b) la deuxième phrase du paragraphe 36 parlerait du "bénéficiaire d'un transfert pur et simple" au lieu de "bénéficiaire d'un transfert". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 19 à 39 quant au fond.

4. Évaluation de la propriété intellectuelle à grever (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 40 et 41)

23. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 40 et 41 quant au fond sans modification.

5. Exemples de pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 42 à 52)

24. Il a été convenu que le paragraphe 43 et les exemples 5 et 6 pouvaient être conservés à titre informatif, mais seraient placés après tous les autres exemples et seraient complétés par un texte expliquant qu'ils ne visaient pas des opérations dans lesquelles une sûreté réelle mobilière était constituée sur la propriété intellectuelle. Il a également été convenu qu'il n'était pas nécessaire de mentionner au paragraphe 44 que l'exemple 7 illustre une combinaison des autres catégories d'opérations. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 42 à 52 quant au fond.

6. Principaux objectifs et principes fondamentaux (A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 53 à 59)

25. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 53 à 59 quant au fond sans modification.

B. Champ d'application et autonomie des parties (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 1 à 24)

1. Champ d'application large (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 1 à 21)

26. Le Groupe de travail a examiné s'il convenait de proposer dans le commentaire que les États adoptant les recommandations du Guide examinent la possibilité d'autoriser l'inscription au registre général des sûretés d'un avis concernant le transfert pur et simple d'une propriété intellectuelle, de manière à rationaliser et harmoniser l'inscription de tous les transferts de propriété intellectuelle, que ceux-ci soient ou non inscrits sur un registre de la propriété intellectuelle. Il a confirmé sa décision antérieure (voir A/CN.9/649, par. 81), selon laquelle les transferts purs et simples de propriété intellectuelle ne devaient pas être traités dans le projet de supplément, car il ne s'agissait pas d'opérations de financement. Il a été largement estimé que ces transferts relevaient du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, car ils ne constituaient pas des opérations de financement, même dans le cas de la titrisation, car celle-ci portait en général sur des créances, et non sur la propriété intellectuelle. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 21 quant au fond sans modification.

2. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 22 à 24)

27. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 24 serait coupée en deux parties, la première devant être modifiée pour expliquer que le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes ne pouvait pas être utilisé comme garantie d'un crédit selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 22 à 24 quant au fond.

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 1 à 43)

1. Les concepts de constitution et d'opposabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 1 à 3)

28. Il a été convenu de mentionner, dans la troisième phrase du paragraphe 2, l'inscription d'un avis concernant la sûreté pour rendre celle-ci opposable. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 3 quant au fond.

2. Concept fonctionnel, intégré et unitaire de sûreté réelle mobilière (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 4)

29. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner le paragraphe 4 qu'après avoir eu la possibilité d'étudier le financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle (voir par. 70 ci-après).

3. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 5 à 8)

30. Il a été convenu de reformuler les paragraphes 5 à 8 pour y indiquer que: a) si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle exigeait que certains types de propriété intellectuelle, comme les droits d'auteur, soient décrits précisément, la recommandation 14, alinéa d), était suffisamment souple pour permettre une telle description; et b) si, dans certains cas, ladite recommandation était incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ce dernier, conformément à la recommandation 4, alinéa b), l'emportait. Il a également été convenu que le libellé du paragraphe 7 serait révisé: a) pour parler du fait que le droit d'auteur formait un ensemble de droits et que le titulaire pouvait consentir une sûreté sur l'un ou l'autre, ou la totalité, de ces droits, au lieu d'évoquer la divisibilité des droits de propriété intellectuelle, qui était un concept différent; et b) pour indiquer que le titulaire pourrait être autorisé à utiliser ces droits dans le but d'obtenir un crédit auprès d'un autre créancier, dans la mesure où ces droits n'étaient pas grevés. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 5 à 8 quant au fond.

4. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 9)

31. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 9 quant au fond sans modification.

5. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 10 à 12)

32. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 10 à 12 quant au fond sans modification.

6. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 13 à 36)

33. Il a été convenu: a) de préciser, dans la deuxième phrase du paragraphe 13, qu'une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel était utilisée une propriété intellectuelle ne s'étendait pas automatiquement à la propriété intellectuelle en question; b) de préciser, dans la deuxième phrase du paragraphe 14, que si un État adoptait les recommandations du Guide, rien ne compromettrait la cessibilité des créances futures, et de renvoyer, dans la dernière phrase de ce même paragraphe, aux paragraphes 22 à 29 sur le traitement du droit de recevoir paiement de redevances; c) de préciser dans la deuxième phrase du paragraphe 15 et au paragraphe 17 que le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et celui d'enregistrer la propriété intellectuelle pouvaient être exercés par le créancier garanti dans certains cas mais ne faisaient pas partie du bien grevé, et que ces questions seraient traitées au chapitre VII du projet de supplément qui porte sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté liée à la propriété intellectuelle; d) de préciser, aux paragraphes 19 et 21, qu'il revenait au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de déterminer si le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir une injonction et une réparation constituerait un produit de la propriété intellectuelle grevée; e) de

supprimer, au paragraphe 28, les mots “redevances futures”, qui étaient superflus; et f) de supprimer les exemples donnés au paragraphe 35, lequel devrait être modifié pour se référer à la description générale ou précise des biens grevés dans le sens des paragraphes 5 à 8 de cette section (voir par. 30 ci-dessus). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 13 à 36, ainsi que la recommandation 243, quant au fond.

7. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 37 à 41)

34. Il a été convenu que: a) les deux dernières phrases du paragraphe 39 seraient révisées pour que le principe *nemo dat* n’y soit pas décrit comme une interdiction légale; b) le paragraphe 40 serait modifié pour préciser en quoi les concepts de “perfectionnement” ou d’“adaptation” limitaient l’utilisation de la propriété intellectuelle future pour garantir des crédits. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 37 à 41 quant au fond.

8. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 42 et 43)

35. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 42 et 43 quant au fond sans modification.

D. Opposabilité d’une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 1 à 9)

1. Le concept d’opposabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 1 à 3)

36. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 3 quant au fond sans modification.

2. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 4 à 7)

37. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 4 à 7 quant au fond sans modification.

3. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 8 et 9)

38. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 8 et 9 quant au fond sans modification.

E. Le système de registre (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 10 à 42)

1. Le registre général des sûretés (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 10 et 11)

39. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 10 et 11 quant au fond sans modification.

2. Registres pour différents types de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 12 à 14)

40. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 12 à 14 quant au fond sans modification.

3. Coordination des registres (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 15 à 20)

41. Il a été convenu de mentionner le paragraphe 4 au paragraphe 18. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 15 à 20 quant au fond.

4. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 21 à 23)

42. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 21 à 23 quant au fond sans modification.

5. Double inscription ou double recherche (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 24 à 27)

43. Il a été convenu que: a) les deux dernières phrases du paragraphe 25 seraient modifiées pour indiquer que le créancier garanti ayant inscrit un avis concernant sa sûreté dans un registre spécialisé pouvait se prévaloir de cette inscription et de la priorité qui lui était conférée conformément aux recommandations du Guide; et b) le paragraphe 26 ferait aussi référence à la consultation en ligne gratuite des registres de la propriété intellectuelle. Il a également été convenu que la note faisant suite au paragraphe 27 serait conservée, sous réserve de clarifier les exemples dans les paragraphes 2, 4, 5 et les deux dernières phrases de la note. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 24 à 27, de même que la note faisant suite au paragraphe 27.

6. Moment où l'inscription prend effet (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 28 à 30)

44. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 28 à 30 quant au fond sans modification.

7. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 31 à 36)

45. Il a été convenu que: a) à la fin de la première phrase du paragraphe 32, une formule du type "une fois la réalisation terminée par le créancier garanti" serait ajoutée, et que la deuxième phrase serait supprimée; b) le projet de recommandation figurant dans la note faisant suite au paragraphe 36 serait reformulé pour faire pendant à la recommandation 62, qui traite de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription, car la recommandation 31 était suffisante pour traiter de la continuité de l'opposabilité d'une sûreté après le transfert du bien grevé; c) il serait fait référence, dans le commentaire figurant dans la note faisant suite au paragraphe 36, au fait que les exemples se rapportaient à des transferts et que, selon le Guide, une licence ne constituait pas un transfert, même si celui-ci donnait préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour ce qui était de la signification exacte d'une licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 15). Sous réserve de ces modifications, le

Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 31 à 36, ainsi que la recommandation et le commentaire figurant dans la note faisant suite au paragraphe 36.

8. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 37 à 42)

46. En réponse à une question, il a été noté qu'en cas d'insolvabilité du propriétaire de la marque, le créancier garanti ou le représentant de l'insolvabilité devait pouvoir prendre des mesures pour maintenir la marque, lorsque cela était nécessaire. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 37 à 42 quant au fond sans modification.

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 1 à 15, et A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 1 à 22)

1. Le concept de priorité (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 1 et 2)

47. Il a été convenu que le paragraphe 2 serait révisé de manière à: a) parler de "l'octroi de droits exclusifs, en particulier dans le cas de brevets et de marques" plutôt que de "notions de propriété et d'efficacité"; et b) développer le concept de priorité au sens du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en expliquant par exemple qu'un conflit entre deux créanciers garantis pouvait ne pas constituer un conflit de priorité en raison de l'application de la règle *nemo dat*. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 et 2 quant au fond.

2. Identification des réclamants concurrents (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 3 et 4)

48. Il a été convenu que la première phrase du paragraphe 4 serait revue de manière à couvrir tous les conflits possibles. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 3 et 4 quant au fond.

3. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 5 et 6)

49. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 5 et 6 quant au fond sans modification.

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle non inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 7 et 8)

50. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 7 et 8 quant au fond sans modification.

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 9 à 11)

51. Il a été convenu que le paragraphe 9 serait aligné sur la recommandation 78, qui traitait des sûretés inscrites sur un registre spécialisé. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 9 à 11 quant au fond.

52. Il a été proposé d'élaborer une nouvelle recommandation selon laquelle une sûreté sur la propriété intellectuelle inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle devrait avoir priorité uniquement sur le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle mais non sur un autre créancier garanti. Il a été dit, à l'appui de cette proposition, que le premier conflit de priorité pourrait être soumis à la loi de l'État où la propriété intellectuelle était protégée tandis que le second pourrait relever de la loi de l'État où était situé le constituant. Cette proposition a suscité des objections. Il a été déclaré que les questions de droit substantiel devaient être traitées séparément des questions de conflit de lois et que les dispositions matérielles recommandées dans le Guide ne pouvaient pas être modifiées pour aborder des questions de conflit de lois.

6. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 12 à 15)

53. En réponse à une question, il a été noté que le Guide ne formulait aucune recommandation sur les transferts de biens meubles incorporels dans le cours normal des affaires (la recommandation 81, alinéa a), visait uniquement les biens meubles corporels faisant l'objet de ce type de transfert). En ce qui concerne le paragraphe 14, il a été convenu de le modifier pour: a) préciser que l'analyse qui le précédait traitait d'un conflit de priorité entre une sûreté et les droit d'un bénéficiaire ultérieur; b) indiquer que le paragraphe 14 s'intéressait à une situation différente, dans laquelle un bien était transféré puis ultérieurement grevé d'une sûreté par l'auteur du transfert; c) mentionner que cette situation était soumise à la règle *nemo dat* (et à la recommandation 13), mais qu'elle ne soulevait pas un problème de priorité au sens du Guide; et d) faire référence, dans la dernière phrase, au créancier garanti qui acquérait ses droits sur un bien grevé sans savoir que ce dernier avait précédemment été transféré. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 12 à 15 quant au fond.

7. Droits des preneurs de licence en général (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 1 à 6)

54. Il a été convenu que: a) la première phrase du paragraphe 2 serait scindée en deux parties, la première indiquant que, selon le Guide, le créancier garanti ne devenait pas propriétaire et la seconde précisant qu'il revenait au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de déterminer si le propriétaire de la propriété intellectuelle pouvait continuer à exercer ses droits en qualité de propriétaire et, par exemple, octroyer une licence; b) la première phrase du paragraphe 3 serait révisée pour indiquer directement que, si le propriétaire constituait d'abord une sûreté sur ses droits puis octroyait une licence en violation d'une convention avec le créancier garanti, l'octroi d'une telle licence emporterait défaillance; c) la quatrième phrase du paragraphe 3 serait modifiée comme suit: "si le bien grevé est formé par le droit de propriété intellectuelle du propriétaire, le

créancier garanti peut recouvrer les redevances comme produit du bien grevé”. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 6 quant au fond.

8. Droits de certains preneurs de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 7 à 14)

55. Il a été convenu que: a) dans la deuxième phrase du paragraphe 8, il serait fait en outre référence aux moyens de réalisation qui s’offraient au créancier garanti dans le Guide de sorte qu’il ne soit porté atteinte à aucune voie de droit dont le créancier garanti pouvait se prévaloir en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; b) dans l’avant-dernière phrase du paragraphe 8, il serait fait référence à l’objectif de la recommandation 81, alinéa c), qui était “de limiter les moyens de réalisation du créancier garanti prévus dans le Guide”, plutôt que de “protéger” les opérations légitimes quotidiennes; c) la deuxième phrase du paragraphe 11 serait modifiée de manière à indiquer que l’affirmation qu’elle contenait n’était pas vraie dans tous les cas; d) l’avant-dernière phrase du paragraphe 11 parlerait de “licences”, et non de “copies”, de logiciels protégés par le droit d’auteur. Sous réserve de ces modifications et de tout changement qu’il faudrait apporter en conséquence du fait de la recommandation 244 et du commentaire correspondant, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 7 à 14 quant au fond.

56. Le Groupe de travail a examiné un nouveau projet de recommandation 244 contenant deux variantes (A et B), destiné à remplacer la recommandation 81, alinéa c), dans le cas des droits de certains preneurs de licence de propriété intellectuelle par rapport aux droits du créancier garanti du donneur de licence.

57. La variante B a recueilli un certain soutien. On a déclaré qu’elle était simple et qu’elle mentionnait des notions employées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, à savoir les notions d’autorisation d’une licence par le créancier garanti et d’autonomie des parties. Il a été déclaré, cependant, que cette variante ne précisait pas si certains preneurs devraient être exemptés de l’obligation de consulter le registre pour vérifier si le donneur avait consenti une sûreté sur ses droits, alors qu’on estimait qu’il s’agissait là du principal objectif de la recommandation 244.

58. La suppression de la recommandation 244 a également recueilli un certain soutien. On a fait observer que les variantes A et B traitaient des droits de certains preneurs de licence en des termes qui n’étaient pas connus du droit de la propriété intellectuelle. Il a donc été proposé de renvoyer la question au droit de la propriété intellectuelle, qui aurait préséance sur les dispositions de la loi recommandée dans la recommandation 4, alinéa b) du Guide. On a mentionné à cet égard les notions d’épuisement et d’autorisation d’une licence par le créancier garanti. Cette proposition a suscité des objections. On a rappelé qu’il était nécessaire d’élaborer une nouvelle recommandation pour remplacer la recommandation 81, alinéa c), qui s’appliquerait en l’absence de règle contraire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. On a aussi fait observer que le concept d’épuisement n’était pas applicable à tous les types de propriété intellectuelle et que, en tout état de cause, il n’était pas compris partout de la même manière.

59. Selon l'avis qui a prévalu, la variante A de la recommandation 244 devrait être conservée et la variante B supprimée. Il a été généralement estimé que cette variante A était préférable car elle traitait la question des droits de certains preneurs de licence par rapport aux droits du créancier garanti du donneur en respectant le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, notamment en évitant de mentionner la notion de licences dans le cours normal des affaires. Quant à la formulation exacte de la variante, plusieurs propositions ont été faites, dont: a) supprimer dans le chapeau la référence entre crochets à l'alinéa b) de la recommandation 80 et expliquer la question dans le commentaire; b) conserver dans le chapeau la référence à l'utilisateur final preneur de licence en supprimant les crochets et expliquer dans le commentaire que ces mots renvoyaient aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales; c) placer l'alinéa a) dans le commentaire en expliquant que la recommandation visait les licences légitimes et autorisées; d) supprimer l'alinéa c) ou l'alinéa e) ii) car ils traitaient des mêmes questions; e) supprimer l'alinéa d) qui limitait inutilement le champ d'application de la recommandation 244.

60. Les propositions faites aux points a), b) et c) ci-dessus ont recueilli suffisamment d'appui, étant entendu que ces questions seraient traitées dans le commentaire. Toutefois, concernant le point b), on a exprimé la crainte que, comme le chapeau de la recommandation 244 parlait d'une sûreté 'constituée par le donneur', le fait de limiter la portée de cette recommandation aux utilisateurs finaux preneurs de licence n'ait pour effet d'exposer ces derniers aux sûretés constituées par une personne autre que le donneur de licence immédiat. Pour répondre à cette crainte, il a été proposé de supprimer les mots "par le donneur" de sorte qu'un utilisateur final preneur de licence soit protégé contre certains moyens de réalisation du créancier garanti d'un donneur situé plus haut dans la chaîne des licences. Cette proposition a recueilli un appui suffisant, étant entendu que le commentaire expliquerait que la recommandation 244 s'appliquait à la réalisation d'une sûreté selon la loi recommandée dans le Guide et n'avait pas d'incidences sur les droits d'un créancier garanti prévus dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple, le droit de poursuivre pour atteinte un preneur de licence non autorisé).

61. La proposition d) n'a pas recueilli de soutien suffisant. Il a été expliqué que l'alinéa e) ii) était nécessaire pour traiter de la non-personnalisation de la licence initiale tandis que l'alinéa c) l'était lui pour traiter de la non-personnalisation des adaptations ultérieures. La proposition e) a recueilli tant des avis favorables que des avis défavorables. Il a été déclaré, en sa faveur, que le fait de mentionner les licences non exclusives à l'alinéa b) était suffisant pour définir le champ d'application de la recommandation 244. On a fait observer, à son encontre, que la suppression de l'alinéa d) élargirait excessivement le champ d'application de la recommandation, qui s'appliquerait alors à des licences telles que les licences concernant la projection publique de films, les licences concernant l'exécution d'œuvres musicales, les licences de marque et les licences de brevet.

62. La révision de l'alinéa d) a en revanche recueilli un large soutien. Plusieurs propositions ont été faites, dont celles de le modifier comme suit: "l'opération porte sur une licence de logiciel protégé par le droit d'auteur et la remise de copies matérielles de celui-ci", "la licence prévoit le droit d'utiliser un logiciel protégé par le droit d'auteur ou breveté" ou "la licence couvre l'un des droits exclusifs liés au

logiciel protégé par le droit d'auteur". À propos de la première de ces trois propositions de texte, on a dit que la forme papier ou électronique de la copie ne devrait rien changer dans cette règle. Les deux dernières propositions rédactionnelles ont cependant été suffisamment appuyées mais on a fait observer que la troisième risquait d'être involontairement trop générale car elle semblait viser des droits autres que celui d'utiliser ou d'exploiter le logiciel protégé par le droit d'auteur.

63. Au cours de la discussion, on a exprimé la crainte que, la portée de la recommandation 244 étant plus étroite que celle de l'alinéa c) de la recommandation 81, ce dernier ne demeure applicable aux licences sur la propriété intellectuelle non couvertes par la recommandation 244. Pour remédier à cela, il a été convenu que le commentaire expliquerait que l'alinéa c) de la recommandation 81 ne s'appliquait aucunement aux licences de propriété intellectuelle et que l'alinéa b) de la recommandation 80 s'appliquerait aux licences sur la propriété intellectuelle autres que les licences de logiciel couvertes par la recommandation 244. En conséquence, pour être protégée contre un créancier garanti du donneur, une personne obtenant une licence sur la propriété intellectuelle autre qu'une licence de logiciel devrait s'assurer que le donneur était autorisé par son créancier garanti à octroyer une telle licence non restreinte du fait de la sûreté.

64. À l'issue de la discussion, il a été convenu que: a) la référence entre crochets à l'alinéa b) de la recommandation 80 serait supprimée du chapeau; b) la référence dans le chapeau à l'utilisateur final preneur de licence serait conservée en supprimant les crochets et les mots "par le donneur" seraient supprimés; c) l'alinéa a) pourrait être supprimé, toutes ces questions devant être abordées dans le commentaire comme suggéré plus haut; d) l'alinéa c) serait conservé mais placé après l'alinéa e); e) l'autre libellé proposé plus haut (voir par. 62 ci-dessus) serait conservé entre crochets à l'alinéa d) pour que le Groupe de travail l'examine plus avant et f) le sous-alinéa i) de l'alinéa e) serait révisé de façon à se lire: "L'activité du donneur soit généralement d'octroyer des licences non exclusives du type mentionné au sous-alinéa ii)." Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 244 et le commentaire figurant dans la note faisant suite au paragraphe 14.

9. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 15 à 19)

65. Il a été convenu que le paragraphe 15 serait revu de manière à préciser que, lorsque les redevances dues par un preneur à un donneur de licence prenaient la forme d'un pourcentage des sous-redevances payables au preneur en tant que donneur de sous-licence par des preneurs de sous-licence: a) pour prévaloir sur le créancier garanti du preneur de licence disposant d'une sûreté sur toutes les créances actuelles et futures de ce dernier, le créancier garanti du donneur de licence devrait soit inscrire un avis relatif à sa sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, soit inscrire en premier un avis y relatif dans le registre général des sûretés, soit obtenir un accord de cession de rang auprès du créancier garanti du preneur; et b) la même règle s'appliquerait à un conflit de priorité entre le cessionnaire pur et simple du donneur de licence et le créancier garanti du preneur de licence, les cessions pures et simples étant en effet soumises aux règles

applicables aux cessions à titre de garantie, en particulier en ce qui concerne l'inscription et la priorité. Il a également été convenu que le paragraphe 19 serait revu pour préciser que les recommandations du Guide sur le financement d'acquisitions s'appliquaient aux conflits entre des sûretés créées par le même constituant et non par des personnes différentes (par exemple, par le donneur et le preneur de licence). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 15 à 19 quant au fond.

66. Le Groupe de travail est passé à l'examen d'une série de projets de recommandations relatives aux sûretés réelles mobilières grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition. Ce type de sûreté a recueilli un large soutien au sein du Groupe. Il a été largement estimé que, pour les mêmes raisons que le Guide contenait des dispositions sur les sûretés grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition, le projet de supplément devrait prévoir des dispositions sur les sûretés grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition. Les avis ont cependant différé sur le point de savoir si le projet de supplément devrait s'écarter de l'approche suivie dans le Guide et prévoir, par exemple, une sûreté sur le produit d'une propriété intellectuelle ou d'une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition même si ce produit était sous forme d'espèces (autrement dit de créances, d'instruments négociables et d'autres biens similaires).

67. Selon un avis, il fallait que les propriétaires et les donneurs de licence de propriété intellectuelle puissent utiliser leurs droits au paiement de redevances pour être en mesure de développer de nouvelles idées protégées par des droits de propriété intellectuelle et d'octroyer une licence permettant à d'autres de les utiliser. Il a été dit que, si les créanciers garantis ordinaires des preneurs de licence avaient toujours priorité sur les créanciers garantis des propriétaires ou des donneurs, ces derniers ne pourraient pas affecter leurs droits au paiement de redevances en garantie d'un crédit et risquaient ainsi d'être moins à même de concevoir et de mettre sous licence de nouvelles idées protégées par des droits de propriété intellectuelle. En outre, on a fait observer que les droits de propriété intellectuelle revêtaient une nature différente qui justifiait à cet égard une approche différente de celle suivie pour les sûretés grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition.

68. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, les propriétaires et les donneurs pouvaient parvenir au résultat décrit au paragraphe précédent en faisant en sorte qu'eux-mêmes ou leur créancier garanti: a) obtiennent une sûreté sur le droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence dues par les preneurs de sous-licence au preneur de licence en sa qualité de donneur de sous-licence ou obtiennent une cession pure et simple de ce droit et inscrivent un avis dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; b) obtiennent une sûreté sur le droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence dues par les preneurs de sous-licence au preneur de licence en sa qualité de donneur de sous-licence ou une cession pure et simple de ce droit et inscrivent en premier un avis au registre général des sûretés; ou c) obtiennent un accord de cession de rang du créancier garanti du preneur de licence. Il a été dit qu'on ne pourrait pas obtenir ce résultat en appliquant les recommandations du Guide sur le financement d'acquisitions au contexte de la propriété intellectuelle, car: a) ces recommandations réglaient les

conflits de priorité entre sûretés réelles mobilières créées par le même constituant; et b) la priorité d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition ne s'étendait pas au produit de stocks en espèces et ne pouvait donc s'étendre au produit d'une propriété intellectuelle ou d'une licence de propriété intellectuelle détenue par le constituant aux fins d'octroyer une licence ou une sous-licence. On a en outre fait observer qu'il était essentiel de prévoir dans le Guide un régime unique de financement d'acquisitions pour tous les types de biens au lieu d'introduire plusieurs régimes en fonction du type de bien considéré, ce qui aurait alors pour effet de rendre le Guide très difficile à comprendre et à appliquer. On a de plus souligné qu'il serait trop risqué de recommander dans le Guide une approche qui modifierait l'équilibre établi après des discussions sur une longue période entre les intérêts des divers fournisseurs de crédit et qui n'était au fond suivie dans aucun système juridique.

69. En réponse à une question, il a été noté que, selon la recommandation 181 du Guide, une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, pour laquelle un avis avait été inscrit au registre général des sûretés, n'avait pas priorité sur une sûreté non liée à l'acquisition, pour laquelle un avis avait été inscrit sur un registre spécialisé. De ce fait, en inscrivant un avis concernant sa sûreté sur le registre spécialisé, le créancier garanti du propriétaire ou du donneur de licence de propriété intellectuelle pouvait toujours obtenir la priorité sur le créancier garanti ordinaire du preneur de licence. Il a été convenu de traiter la question dans le commentaire.

70. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Supplément contiendrait une nouvelle terminologie et de nouvelles recommandations qui appliqueraient la terminologie et les recommandations du Guide sur le financement d'acquisitions (lesquelles se rapportaient aux biens meubles corporels) au contexte de la propriété intellectuelle. Il est également convenu qu'un commentaire approprié expliquant ces nouvelles terminologie et recommandations serait inséré dans le projet de supplément. Le Groupe de travail est également convenu que, du fait qu'à l'exception des transferts conditionnels (qui, dans certains États, comprenaient les licences exclusives) il n'existait pas de mécanismes couramment utilisés pour garantir le prix d'achat de la propriété intellectuelle, il suffirait d'expliquer dans le commentaire que les États préférant adopter une approche non unitaire en matière de financement d'acquisitions devaient ajuster les nouvelles terminologie et recommandations en conséquence. De plus, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, qui traite du concept fonctionnel, intégré et unitaire des sûretés réelles mobilières, devait être ajusté en conséquence.

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 20 et 21)

71. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 20 et 21 quant au fond sans modification.

11. Cession de rang (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 22)

72. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 22 quant au fond sans modification.

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 1 à 5)

1. Application du principe de l'autonomie des parties (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 1)

73. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 serait aligné sur le texte de la recommandation 245. Sous réserve de cette modification, il a approuvé le paragraphe 1 quant au fond.

2. Préservation de la propriété intellectuelle grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 2 à 5)

74. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 4 serait aligné sur le texte de la recommandation 245. Sous réserve de cette modification, il a approuvé les paragraphes 2 à 5 quant au fond.

75. Le Groupe de travail a examiné les variantes A et B de la recommandation 245. Il a été noté que la variante A, combinée à la recommandation 4, alinéa b), conduirait au même résultat que la variante B. Une préférence générale a cependant été exprimée pour la variante B qui renvoyait la question de l'autonomie des parties à une loi autre que celle recommandée dans le Guide. Il était généralement entendu que la préservation de la propriété intellectuelle grevée incombait au propriétaire de cette dernière et que le rôle du créancier garanti dans l'accomplissement de cette tâche pouvait sans risque être décrit comme étant un droit. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que la variante B serait conservée, sous réserve de décrire le rôle du créancier garanti dans la préservation de la propriété intellectuelle grevée comme un droit, et que la variante A serait supprimée.

H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 6 et 7)

76. Le Groupe de travail est convenu de modifier la dernière phrase du paragraphe 6 comme suit: "De même, lorsqu'un preneur de licence cède à *son créancier garanti* son droit au paiement des redevances dues par le preneur d'une sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur *par rapport au créancier garanti du preneur de licence* au sens du Guide." Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 6 et 7 quant au fond.

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 8 à 32)

1. Recoupements entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 8 à 11)

77. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 8 à 11 quant au fond sans modification.

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 12 et 13)

78. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 12 et 13 quant au fond sans modification.

3. Prise de "possession" des documents nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 14 et 15)

79. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 14 et 15 quant au fond sans modification.

4. Disposition de la propriété intellectuelle grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 16 et 17)

80. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 16 et 17 quant au fond sans modification.

5. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 18 à 20)

81. Il a été convenu qu'au paragraphe 19, une distinction claire serait établie entre les droits de réalisation conférés au créancier garanti par la loi sur les opérations garanties et les droits de réalisation qui lui étaient conférés par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 18 à 20 quant au fond.

6. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 21)

82. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 21 quant au fond sans modification.

7. Recouvrement de redevances et droits de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 22)

83. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 22 quant au fond sans modification.

8. Autres droits contractuels du donneur de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 23)

84. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 23 quant au fond sans modification.

9. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 24 à 27)

85. Il a été convenu que: a) dans la deuxième phrase du paragraphe 24, le mot “uniquement” serait ajouté avant les mots “s’il obtient l’autorisation du propriétaire”; b) à la fin de la troisième phrase du paragraphe 25, les mots entre parenthèses seraient supprimés car, dans certains cas, un droit de propriété intellectuelle était épuisé même avant une vente (par exemple lorsque des produits finis portant une marque avaient passé le contrôle de qualité du propriétaire de la marque); c) dans la première phrase du paragraphe 26, le mot “constituant” serait précisé par les mots “qui tente d’octroyer une sûreté sur ce produit, conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ...”; d) dans la deuxième phrase du paragraphe 26, les mots “viole cet accord” seraient remplacés par une formule du type “agit de manière contraire aux restrictions imposées dans l’accord de licence”, car le créancier garanti n’était normalement pas partie à l’accord de licence et ne pouvait donc pas violer ce dernier; et e) la troisième phrase du paragraphe 27 serait révisée pour tenir compte du fait qu’il était improbable que le créancier garanti soit désireux ou capable de poursuivre la production de produits partiellement achevés. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 24 à 27 quant au fond.

10. Réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur les droits d’un preneur de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 28 à 32)

86. Il a été convenu que: a) la fin de la deuxième phrase du paragraphe 28 pourrait être complétée par une formule du type “ou une combinaison des éléments qui précèdent” pour couvrir toutes les possibilités; b) la première phrase du paragraphe 29 ferait référence aux droits du preneur de licence découlant de l’accord de licence et la troisième phrase mentionnerait le droit du constituant découlant de la loi sur les opérations garanties et les droits du donneur de licence prévus dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; c) la dernière phrase du paragraphe 30 serait révisée comme suit “Si la constitution, par le preneur de licence-donneur de sous-licence, d’une sûreté sur son droit de percevoir des redevances de sous-licence viole un accord de licence conclu initialement ou entretemps, l’exécution dudit accord peut empêcher le créancier garanti de recouvrer les redevances auprès du preneur de la sous-licence ou le priver des avantages de sa convention.”; et d) la troisième phrase du paragraphe 32 serait modifiée pour tenir compte du fait que, dans la plupart des États, les preneurs de licences exclusives pouvaient poursuivre eux-mêmes les auteurs d’atteintes. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 28 à 32 quant au fond.

J. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7, par. 1 à 23)

1. Loi applicable aux aspects réels (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7, par. 1 à 21)

87. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été faites. Il a ainsi été suggéré que, pour éviter d'accorder plus d'importance à une approche qu'à une autre, on fasse d'entrée de jeu référence à toutes les approches possibles avant d'entrer dans le détail. Il a également été proposé, dans le même ordre d'idées, que le commentaire suive l'ordre des variantes. Ces propositions ont suscité des objections. Il a été généralement estimé que, comme pour chaque section du projet de supplément, la section sur les conflits de lois devait commencer par une explication de l'approche adoptée dans le Guide. Une autre proposition a été d'insérer dans le commentaire des exemples illustrant chacune des variantes proposées. Une autre proposition encore a été d'exposer dans le commentaire les avantages et les inconvénients de chaque variante proposée, sans pour autant laisser entendre que l'une ou l'autre ne fonctionne pas du tout. Ces propositions ont recueilli un large soutien.

2. Loi applicable aux questions contractuelles (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7, par. 22 et 23)

88. Un large soutien a été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur de l'idée de soumettre les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti à la loi qu'ils avaient choisie et, en l'absence de choix, à la loi régissant la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 216). Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 22 et 23 quant au fond sans modification.

3. Recommandation 246

89. Le Groupe de travail était saisi des variantes A à D pour examiner la question de la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle. Il a également examiné une autre variante semblable à la variante D (voir A/CN.9/WG.VI/WP.40). Il a été noté que, si toutes les questions n'étaient pas soumises à une seule et même loi, des problèmes de qualification se poseraient, à moins que les États n'adoptent aussi les règles substantielles recommandées dans le Guide. À défaut, a-t-on noté, par exemple, la constitution pourrait être soumise à la loi d'un État et l'opposabilité à la loi d'un autre État.

90. Bien qu'un large soutien ait été exprimé en faveur de l'idée de soumettre les questions relatives à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle à la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle était protégée, des avis divergents ont été exprimés en ce qui concerne la loi applicable aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Selon un point de vue, le principe du traitement national qui était consacré dans les conventions internationales protégeant la propriété intellectuelle imposait implicitement une règle universelle sur la loi applicable qui renvoyait toutes les questions liées aux droits réels sur la propriété intellectuelle à la loi de l'État où la propriété intellectuelle était protégée ("*lex loci protectionis*"). On a mentionné à cet égard l'article 2-1 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'article 5-2 de la Convention de

Berne. En conséquence, on a exprimé une préférence pour une solution fondée sur la *lex loci protectionis*. Il a été dit que cette solution permettrait d'appliquer une seule et même loi à l'ensemble des droits réels attachés à la propriété intellectuelle.

91. Selon un autre avis, l'interprétation, mentionnée ci-dessus, des conventions sur la propriété intellectuelle était très controversée. Il a été dit que ces conventions prévoyaient simplement que la *lex loci protectionis* régissait l'étendue de la protection et les droits de recours dont disposaient les propriétaires de la propriété intellectuelle mais ne disaient rien sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières. Il a aussi été observé que, même si ces conventions contenaient une règle sur la loi applicable aux sûretés, elles n'abordaient pas tous les aspects de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation d'une sûreté sur la propriété intellectuelle. C'est pourquoi on a exprimé une préférence pour une solution fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, sauf pour les conflits de priorité entre une sûreté et les droits du bénéficiaire du transfert ou du preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée, lesquels conflits pouvaient être soumis à la *lex loci protectionis*. Il a été déclaré qu'une solution fondée sur la loi du lieu de situation du constituant permettrait de soumettre toutes les questions se rapportant aux sûretés grevant la propriété intellectuelle à une seule et même loi, qui présenterait l'avantage supplémentaire d'être aussi la loi régissant la procédure d'insolvabilité visant le constituant (attendu que le lieu de situation était défini par référence au lieu où le constituant exerçait son administration centrale).

92. Selon une autre opinion encore, il conviendrait peut-être davantage de combiner différemment les solutions précitées. Plusieurs propositions ont été faites en ce sens. Selon l'une d'elles, la constitution pouvait être soumise à la loi de l'État où se trouvait le constituant, tandis que l'opposabilité, la priorité et la réalisation seraient soumises à la loi de l'État où était protégée la propriété intellectuelle. Une autre proposition était que les sûretés pouvant être inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle soient soumises à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre était tenu. On a fait observer que cette solution irait dans le sens de la recommandation 205 du Guide, qui concernait les biens meubles corporels pour lesquels les sûretés étaient soumises à inscription sur un registre spécialisé (par exemple navires ou aéronefs). On a souligné également que cette solution figurait dans une version antérieure du projet de supplément, mais qu'elle n'avait pas été retenue au motif qu'elle serait source d'insécurité ou risquait d'accroître le temps et les dépenses nécessaires pour conclure une opération (voir A/CN.9/667, par. 124). Il a été noté en outre que, si on pouvait préciser dans le commentaire que le mot "État" désignait aussi une organisation régionale d'intégration économique, il fallait veiller à ne pas renvoyer à une loi régionale qui ne contenait aucune disposition ou qui prévoyait des dispositions insuffisantes sur les opérations garanties. Il a également été noté qu'il fallait se garder de renvoyer à la loi d'un registre de la propriété intellectuelle si la majorité des lois n'autorisaient pas l'inscription des sûretés sur un tel registre, car dans ce cas la solution proposée ne ferait qu'aboutir à un vide juridique.

93. Une autre proposition encore était que la règle de base désigne la loi du lieu de situation du constituant, mais qu'un conflit de priorité entre une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et une sûreté inscrite sur un registre de la propriété intellectuelle soit soumis à la loi de l'État sous l'autorité duquel le second registre était tenu. Il a été observé qu'on suivrait ainsi la recommandation 209 du Guide

concernant les créances nées d'une vente, d'une location ou d'une opération garantie par une convention constitutive de sûreté. Une autre proposition encore était de ne formuler aucune recommandation dans le projet de supplément pour laisser aux États adoptants le soin de régler la question en tenant compte du commentaire et des conventions sur la propriété intellectuelle, ou alors de formuler plusieurs recommandations entre lesquelles les États choisiraient.

94. Plusieurs exemples ont été cités, dans lesquels une approche ou une autre semblait mieux applicable. Il a été largement estimé qu'aucune approche ne pouvait donner des résultats parfaits dans tous les cas. Par conséquent, le Groupe de travail a décidé que trois variantes devraient être retenues dans le projet de supplément. La première variante devrait renvoyer la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle à la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle grevée était protégée. La deuxième variante devrait comporter deux parties; la première renvoyant toutes les questions liées aux droits de propriété intellectuelle pouvant être inscrits sur un registre de la propriété intellectuelle à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre était tenu; la deuxième renvoyant toutes les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle ne pouvant pas être inscrits sur un registre de la propriété intellectuelle à la loi de l'État où se trouvait le constituant. La troisième variante devrait renvoyer à la loi de l'État dans lequel le constituant était situé toutes les questions à l'exception de celles liées à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence sur la propriété intellectuelle grevée, questions pour lesquelles il fallait renvoyer à la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle était protégée. Il a été noté que les questions relatives à la transférabilité ne seraient couvertes par aucune des trois variantes (puisqu'elles n'étaient pas abordées dans les autres recommandations du Guide concernant les conflits de lois et puisque le Guide recommandait explicitement que les dispositions légales limitant la transférabilité devaient prévaloir; voir la recommandation 18).

K. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7, par. 24 à 42)

95. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 24 à 42 quant au fond sans modification. Il est également convenu d'inclure dans le projet de supplément un texte, libellé à peu près comme suit, concernant les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme dans les accords de licence de propriété intellectuelle et de le renvoyer au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité):

“Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (‘le Guide sur l'insolvabilité’) recommande que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat en cas de demande d'ouverture ou d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou de nomination d'un représentant de l'insolvabilité, soit inopposable au représentant et au débiteur (voir recommandation 70). Il recommande également que la loi sur l'insolvabilité spécifie 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 (voir recommandation 71).

Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité indique que le droit de certains États oblige à respecter ces clauses dans certains cas et justifie cette approche, notamment par "la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel" (voir deuxième partie, chap. II, par. 115). Par exemple, il peut être donné effet aux clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme contenues dans les accords de licence de propriété intellectuelle du fait que l'insolvabilité du preneur de licence risque d'avoir un impact négatif non seulement sur les droits du donneur mais également sur le droit de propriété intellectuelle même. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'insolvabilité du preneur d'une licence de marque utilisée sur des produits peut avoir une incidence sur la valeur marchande de la marque et sur les produits portant la marque. Quoi qu'il en soit, les clauses qui, dans les accords de licence de propriété intellectuelle, stipulent, par exemple, que la licence prend fin après X années ou suite à un manquement grave, tel que le fait pour le preneur de ne pas améliorer ou commercialiser les produits mis sous licence en temps voulu (en d'autres termes, lorsque le fait générateur de la résiliation automatique n'est pas l'insolvabilité) ne sont pas concernées. (voir note de bas de page 39, recommandation 72 du Guide sur l'insolvabilité).

Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité note aussi que le droit d'autres États prévoit l'annulation de ces clauses et en explique les raisons (voir deuxième partie, chap. II, par. 116 et 117). Il indique également que, bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation de ce type de clauses en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette approche ne s'est pas encore généralisée. À cet égard, il évoque les tensions inévitables entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de nuire aux opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales des contrats. Le commentaire conclut en indiquant qu'il serait souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'annulation de telles clauses (voir deuxième partie, chap. II, par. 118)."

V. Travaux futurs

96. Le Groupe de travail a noté que sa dix-septième session devait se tenir à New York du 8 au 12 février 2010. Il a aussi pris note des projets du Secrétariat d'organiser le troisième Colloque international sur les opérations garanties à Vienne du 1^{er} au 3 mars 2010. À cet égard, il a été noté que, conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-deuxième session (voir par. 12 ci-dessus), le but du Colloque serait de donner au Secrétariat la possibilité de recueillir l'avis d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé sur le programme des travaux futurs de la Commission sur les suretés et de rédiger une note pour aider cette dernière dans son examen de la question à sa quarante-troisième session, en 2010.

B. Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-59
A. Historique	1-12
B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle	13-18
C. Terminologie	19-39
D. Évaluation de la propriété intellectuelle à grever	40-41
E. Exemples de pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle ..	42-52
F. Principaux objectifs et principes fondamentaux	53-59

I. Introduction

A. Historique

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 12, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 1 à 8, A/CN.9/670, par. 17 et 117, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, chapitre XI, note à l'intention du Groupe de travail, par. 1 à 4, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 1 à 7, A/CN.9/667, par. 16, A/CN.9/WG.VI/WP.36, par. 12, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 1 à 5, A/CN.9/WG.VI/WP.34, par. 10 et 11 et A/63/17, par. 326.]

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine du droit du financement garanti. Il a été noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, les droits d'auteur, les brevets et les marques) devenaient progressivement une source de crédit extrêmement importante et ne devaient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. Il a également été noté que les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties (le "projet de guide") s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des

recommandations, le projet de guide suggérait que les États adoptants envisagent d'apporter les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects¹.

2. 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 du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, 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 pour 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 nécessaire². 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 sur le financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle l'a également prié 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 participent³.

3. Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007), auquel ont participé des experts du droit du financement garanti et du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qu'il serait nécessaire d'apporter au projet de guide pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle⁴.

4. À la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque. Afin de donner aux États des orientations suffisantes sur les modifications qu'il leur faudrait peut-être apporter à leurs lois pour éviter les incompatibilités entre le droit du financement garanti et le droit de la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide qui serait spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle⁵.

5. À la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide"), étant entendu qu'une annexe traitant spécialement des

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 81 et 82.

² *Ibid.*, par. 83.

³ *Ibid.*, par. 86.

⁴ Voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

sûretés réelles mobilières sur des droits de propriété intellectuelle serait élaborée par la suite⁶.

6. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail VI a examiné une note du Secrétariat intitulée “Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle”, qui renfermait une brève analyse de questions relatives à l’insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet d’annexe au *Guide* qui traiterait des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (l’“Annexe”) en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). Il a également estimé que la primauté du droit de la propriété intellectuelle devait être dûment reconnue et que le *Guide*, et non le droit national des opérations garanties, devait servir de cadre de référence pour l’Annexe (voir A/CN.9/649, par. 14). N’étant pas parvenu à déterminer d’un commun accord si certaines questions relatives à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) présentaient un lien suffisant avec la loi sur les opérations garanties pour justifier leur traitement dans l’Annexe, le Groupe de travail a décidé d’y revenir à une prochaine réunion et de recommander que le Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) soit prié d’examiner ces questions (voir A/CN.9/649, par. 103).

7. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait bien avancé. Elle a également noté la discussion et la décision ci-dessus du Groupe de travail VI concernant certaines questions liées à l’insolvabilité et décidé qu’il faudrait en informer le Groupe de travail V et l’inviter à exprimer un premier avis à sa prochaine session⁷.

8. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée “Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle” (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). À cette session, il a demandé au Secrétariat de préparer une version révisée du projet d’annexe qui tienne compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/667, par. 15). Il a également soumis au Groupe de travail V (Droit de l’insolvabilité) certaines questions ayant trait à l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 143). De l’avis général, tout devait être fait à cet égard pour conclure le plus tôt possible les discussions sur ces questions, afin que leurs résultats puissent être inclus dans le projet d’annexe d’ici à l’automne 2009, ou au début du printemps 2010, et que le projet d’annexe puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session en 2010 (voir A/CN.9/667, par. 143).

9. À sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008), le Groupe de travail V a examiné les questions touchant à la loi sur l’insolvabilité que lui avait soumises le Groupe de travail VI pour insertion dans le projet d’annexe et a confirmé que les réponses fournies dans le tableau figurant à la fin du document A/CN.9/667 décrivaient de façon exacte l’effet du Guide législatif de la

⁶ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part II, par. 99 et 100.

⁷ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 326.

CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Il a été proposé à cet égard de faire figurer ces considérations dans un éventuel commentaire. Concernant le fait qu'un preneur de licence puisse, comme l'y autorisent certaines lois, continuer d'exercer ses droits découlant de l'accord de licence bien que ce dernier ait été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur de la licence, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas à même d'examiner la question de façon satisfaisante sans une meilleure compréhension du contenu et de la portée des enjeux. Il a demandé au Secrétariat de préparer, pour qu'il l'examine à sa prochaine session, un document de travail présentant l'historique des débats sur le traitement des contrats qui avaient eu lieu lors de l'élaboration du Guide sur l'insolvabilité et les recommandations qui avaient été adoptées. Le Groupe de travail V est parvenu à la même conclusion sur la question de savoir si un créancier garanti pouvait demander au représentant de l'insolvabilité du donneur de licence ou au tribunal de l'insolvabilité de fixer un délai dans lequel le représentant devrait décider s'il poursuivait ou rejetait l'accord de licence et de programmer une audience spéciale devant le tribunal pour le règlement de tout litige (voir A/CN.9/666, par. 112 à 117).

10. À sa quinzième session (New York, 27 avril-1^{er} mai 2009), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée "Projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4). À cette session, il a prié le Secrétariat de préparer un projet révisé d'annexe qui tienne compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/670, par. 16). Ayant pris acte d'une note du Secrétariat intitulée "Traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.87), il a en outre approuvé quant au fond la discussion de l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) et l'a renvoyée au Groupe de travail V (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122). Le Groupe de travail a par ailleurs procédé à un examen préliminaire de son programme de travail futur (voir A/CN.9/670, par. 123 à 126).

11. À sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a examiné les questions relatives à l'insolvabilité que lui avait soumises le Groupe de travail VI en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, ainsi qu'un extrait du rapport de ce Groupe (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122). À cette session, il a approuvé le contenu des parties du projet d'annexe présentées aux paragraphes 22 à 40 du document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, qui concernaient l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté grevant ses droits découlant d'un accord de licence. Il a également approuvé les conclusions et modifications dont le Groupe de travail VI était convenu à sa quinzième session (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122).

12. À sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux en se fondant sur une note du Secrétariat intitulée "Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7). [...]

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 13 à 18, voir A/CN.9/WP.37, par. 9 à 14, A/CN.9/670, par. 18, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 8 à 11, A/CN.9/667, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 76 à 82.]

13. Sauf exceptions limitées, les recommandations du *Guide* s'appliquent aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (voir recommandations 2 et 4 à 7). La loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique toutefois pas à cette dernière dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État adoptant est partie (voir recommandation 4 b)).

14. La recommandation 4 b) pose le principe fondamental qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Le terme "propriété intellectuelle" est défini de telle sorte que le *Guide* soit conforme au droit et aux traités relatifs à la propriété intellectuelle (voir par. 26 à 28 ci-dessous). Le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" englobe à la fois les règles d'origine législative et la jurisprudence. Cette notion est plus large que celle de "droit de la propriété intellectuelle", mais plus étroite que celle de droit commun des contrats ou des biens. En conséquence, la recommandation 4 b) aura une portée plus large ou plus étroite selon la façon dont un État définit le champ de la propriété intellectuelle, étant entendu qu'il le fera conformément aux obligations internationales qui lui incombent en vertu des traités sur le droit de la propriété intellectuelle (par exemple, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, généralement appelé "Accord sur les ADPIC"), comme le prévoient ces traités. Le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" est employé dans le Supplément pour désigner les dispositions du droit national ou du droit découlant d'accords internationaux, auxquels un État est partie, ayant trait à la propriété intellectuelle, qui régissent spécifiquement les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, et non celles qui s'appliquent d'une manière générale aux sûretés sur divers types de biens et qui pourraient être amenées à s'appliquer à des sûretés sur la propriété intellectuelle (voir par. 29 ci-dessous).

15. La recommandation 4 b) vise à éviter qu'un État adoptant les recommandations du *Guide* ne modifie involontairement les règles fondamentales du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* ne s'intéressant pas aux questions qui touchent à l'existence, à la validité et au contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, section II, A.4), les risques de conflit entre régimes sur ces questions sont limités. Pour ce qui est des questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il est possible en revanche que, dans certains États, les deux régimes prévoient des règles différentes. Dans ce cas, la recommandation 4 b) préserve la primauté de la règle portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle.

16. Il convient de noter toutefois que, dans certains États, les règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle portent uniquement sur des formes d'opérations garanties qui ne sont pas spécifiques de la propriété intellectuelle et qui ne pourront plus être utilisées une fois que ces États auront adopté les recommandations du *Guide* (par exemple, nantissements, hypothèques et transferts ou fiducies à des fins de garantie dont peut faire l'objet la propriété intellectuelle). C'est pourquoi les États qui adopteront le *Guide* souhaiteront peut-être aussi revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de le coordonner avec la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*. À cet égard, les États adoptants devront veiller à suivre, en particulier, l'approche intégrée et fonctionnelle recommandée dans le *Guide*, sans modifier les principes et les objectifs fondamentaux de leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

17. Le Supplément vise à fournir aux États des orientations pour assurer cette coordination entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. S'appuyant sur le commentaire et les recommandations du *Guide*, il examine comment les principes de ce dernier s'appliquent lorsque la propriété intellectuelle est grevée et, si nécessaire, formule des commentaires et recommandations supplémentaires. Tout comme les commentaires et recommandations portant sur d'autres biens particuliers, ceux qui concernent spécifiquement la propriété intellectuelle modifient ou complètent les recommandations et commentaires généraux du *Guide*. En conséquence, sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle en dispose autrement et sous réserve des commentaires et recommandations particuliers formulés dans le Supplément, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être constituée, rendue opposable, prioritaire et réalisée conformément aux recommandations générales du *Guide*.

18. Bien que le Supplément n'ait pas vocation à formuler des recommandations visant à amener les États à modifier leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, comme cela est indiqué plus haut, il n'en risque pas moins d'avoir un impact sur ce droit. Il examine cet impact et avance parfois des propositions modestes que les États adoptants pourraient examiner (en employant l'expression "les États pourraient" ou "les États souhaiteront peut-être envisager", et non "les États devraient"). Ces propositions partent du principe qu'en adoptant une loi sur les opérations garanties du type recommandé par le *Guide*, les États ont fait le choix de moderniser leur droit des opérations garanties. Elles ont donc pour but d'indiquer dans quels cas cette modernisation pourrait conduire les États à examiner la meilleure manière de coordonner leur loi sur les opérations garanties avec leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

C. Terminologie⁸

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 19 à 39, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 15 à 32, A/CN.9/670, par. 19 et 20, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 12 à 21, A/CN.9/667, par. 20 à 22, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 39 à 60, et A/CN.9/649, par. 104 à 107.]

a) Réclamant concurrent

19. Dans la loi sur les opérations garanties, le concept de “réclamant concurrent” est employé pour désigner les parties, autres que le créancier garanti dans une convention constitutive de sûreté donnée, qui peuvent revendiquer un droit sur un bien grevé ou sur le produit de sa disposition (voir le terme “réclamant concurrent”, Introduction du *Guide*, par. 20). Ainsi, le *Guide* emploie le terme “réclamant concurrent” au sens de réclamant qui entre en concurrence avec un créancier garanti (à savoir, un autre créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur le même bien, un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien, le représentant de l'insolvabilité du constituant, un acheteur du bien ou une autre personne à laquelle le bien est transféré, un preneur du bien à bail ou un preneur du bien sous licence). Le terme “réclamant concurrent” est essentiel pour l'application, en particulier, des règles de priorité recommandées dans le *Guide*, par exemple la règle de la recommandation 76, selon laquelle un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des créances qui s'est inscrit au registre général des sûretés a priorité sur un autre créancier garanti qui a acquis du même constituant une sûreté sur les mêmes créances avant l'autre créancier mais qui ne l'a pas inscrite.

20. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, la notion de “réclamant concurrent” n'existe pas et les conflits de priorité renvoient généralement à des conflits entre bénéficiaires de transferts et preneurs de licences, même s'il n'y a pas de conflit avec un créancier garanti (les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle ne sont pas des réclamants concurrents et, s'ils sont seulement des auteurs présumés ayant prouvé qu'ils détenaient un droit légitime, il s'agit alors de bénéficiaires de transferts ou de preneurs de licences mais non d'auteurs d'atteintes). La loi sur les opérations garanties n'intervient pas dans le règlement de ces conflits qui n'impliquent pas de créancier garanti (notamment le bénéficiaire d'un transfert à titre de garantie, considéré dans le *Guide* comme créancier garanti). Il s'ensuit qu'un conflit entre deux personnes bénéficiant d'un transfert pur et simple ne serait pas régi par le *Guide*. En revanche, un conflit entre le bénéficiaire d'un transfert pur et simple de droits de propriété intellectuelle et le bénéficiaire d'un transfert de ces droits à titre de garantie effectué par le même constituant serait régi par le *Guide* (sous réserve des limites prévues dans la recommandation 4 a)).

b) Bien grevé

21. Le *Guide* emploie le terme “bien grevé” pour désigner un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Lorsque le *Guide* parle par convention d'une “sûreté

⁸ Pour faciliter la tâche du lecteur, le Supplément suit l'ordre dans lequel les questions sont traitées dans le *Guide* (c'est-à-dire Introduction avec terminologie, exemples, principaux objectifs et politiques fondamentales, Champ d'application, Constitution d'une sûreté réelle mobilière, etc.).

réelle mobilière sur un bien grevé”, il faut entendre par là “un droit quelconque que le constituant a sur un bien et qu’il a l’intention de grever”.

22. En outre, le *Guide* emploie divers termes pour désigner le type particulier de propriété intellectuelle susceptible d’être grevé sans affecter la nature, le contenu ou les conséquences juridiques de ces termes aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, du droit des contrats et du droit des biens. Peuvent être affectés en garantie d’un crédit notamment les droits d’un propriétaire de droits de propriété intellectuelle (“propriétaire”), ceux d’un cessionnaire ou successeur en titre d’un propriétaire, ceux d’un donneur ou d’un preneur de licence dans le cadre d’un accord de licence, de même que les droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, à condition que le droit de propriété intellectuelle soit décrit comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence peuvent grever tout ou partie de leurs droits.

23. En vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle comprennent généralement le droit d’empêcher l’utilisation non autorisée de cette dernière, le droit de renouveler les inscriptions et le droit de transférer et d’octroyer des licences sur sa propriété intellectuelle. Par exemple, dans le cas d’un brevet, le propriétaire du brevet a le droit exclusif d’empêcher certains actes, comme la fabrication, l’utilisation ou la vente du produit breveté sans son autorisation.

24. Généralement, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des contrats, les droits d’un donneur et d’un preneur de licence dépendent des termes de l’accord de licence (en cas de licence contractuelle), de la législation (en cas de licences obligatoires ou légales) ou des conséquences juridiques d’un comportement donné (dans le cas d’une licence implicite). En outre, les droits d’un donneur de licence comprennent normalement le droit au paiement de redevances et le droit de mettre fin à l’accord de licence. De même, les droits d’un preneur de licence comprennent le droit d’utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux conditions de l’accord de licence et éventuellement le droit de conclure des accords de sous-licence et d’obtenir paiement de redevances au titre de ces accords. Les droits du constituant d’une sûreté sur un bien meuble corporel en rapport avec lequel est utilisée la propriété intellectuelle sont décrits dans la convention conclue entre le créancier garanti et le constituant (propriétaire, donneur ou preneur de licence de la propriété intellectuelle concernée) conformément à la loi sur les opérations garanties et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

c) Constituant

25. Comme il a déjà été indiqué, dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle, plusieurs types de biens peuvent être grevés: les droits du propriétaire, les droits d’un donneur de licence (comprenant le droit de percevoir des redevances) ou l’autorisation pour le preneur de licence d’utiliser ou d’exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence, le droit d’octroyer des sous-licences et le droit de percevoir des redevances à ce titre. Ainsi, selon le type de propriété intellectuelle grevé, le terme “constituant” désignera le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence (bien que, contrairement au propriétaire, un donneur ou un preneur de licence ne jouisse pas nécessairement de droits exclusifs selon

l'interprétation de ce terme en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle). Enfin, comme dans toute opération garantie portant sur d'autres types de biens meubles, le terme "constituant" peut désigner un tiers qui consent une sûreté réelle mobilière sur sa propriété intellectuelle afin de garantir l'obligation due par un débiteur à un créancier garanti.

d) Propriété intellectuelle

26. Dans le *Guide*, le terme "propriété intellectuelle" désigne les droits d'auteur, les marques de produit, les brevets, les marques de service, les secrets d'affaires, les dessins et modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l'État adoptant ou par un accord international auquel il est partie (comme, par exemple, les droits voisins, apparentés ou connexes⁹ ou les variétés végétales). Ainsi, lorsque l'on parle dans le *Guide* de "propriété intellectuelle", on parle des "droits de propriété intellectuelle", comme, par exemple, les droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle, d'un donneur ou d'un preneur de licence. Le commentaire du *Guide* explique que la définition du terme "propriété intellectuelle" est conçue dans le *Guide* de telle sorte que ce dernier soit conforme au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle tout en respectant la faculté d'un État adoptant d'aligner cette définition sur son propre droit, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit découlant des traités (voir Introduction du *Guide*, note 24). Un État adoptant peut ajouter à la liste susmentionnée ou en supprimer certains types de propriété intellectuelle afin de l'aligner sur son droit interne¹⁰. Autrement dit, le *Guide* considère comme "propriété intellectuelle" aux fins de ses propres dispositions tout ce que l'État adoptant considère comme étant de la propriété intellectuelle conformément à son droit interne et dans le respect de ses obligations internationales.

27. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, le droit de propriété intellectuelle lui-même se distingue des revenus qui en découlent, par exemple des revenus tirés de l'exercice de droits de radiodiffusion. Dans le *Guide*, les revenus découlant du droit de la propriété intellectuelle sont traités comme des "créances" et pourraient constituer le bien grevé initial, s'ils sont désignés comme tels dans la convention constitutive de sûreté, ou le produit de la propriété intellectuelle si le bien grevé initial est la propriété intellectuelle. Toutefois, le traitement de ces revenus dans le *Guide* n'exclut pas un traitement différent aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, le droit d'un donneur de licence à percevoir une rémunération équitable pourrait être

⁹ Étroitement apparentés au droit d'auteur, les "droits voisins" (ainsi dénommés car ils se trouvent dans le "voisinage" du droit d'auteur) sont aussi appelés droits apparentés ou droits connexes. Le terme couvre généralement les droits des artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, mais dans certains pays ils peuvent aussi comprendre les droits des producteurs de films, ou les droits sur les photographies. On emploie parfois les termes "Diritti Connessi" ("droits connexes") ou "Verwandte Schutzrechte" ("droits apparentés") mais le terme usuel est "droits voisins" ("neighbouring rights" en anglais). Les droits voisins sont généralement protégés par la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion faite à Rome le 26 octobre 1961. Une protection supplémentaire a été accordée à certains artistes interprètes ou exécutants ainsi qu'à certains producteurs de phonogrammes dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur en date du 20 décembre 1996.

¹⁰ Voir note 32 de l'Introduction du *Guide*.

considéré à ces fins comme faisant partie des droits de propriété intellectuelle dudit donneur.

28. Il est également important de noter qu'un accord de licence portant sur la propriété intellectuelle n'est pas une opération garantie et qu'une licence avec droit de résiliation de l'accord de licence ne constitue pas une sûreté réelle mobilière. La loi sur les opérations garanties n'a donc aucune incidence sur les droits et obligations d'un donneur ou d'un preneur découlant d'un accord de licence. Par exemple, la faculté du propriétaire, du donneur ou du preneur de licence de limiter la transférabilité de leurs droits de propriété intellectuelle reste intacte. En tout état de cause, il conviendrait de noter que, si la faculté du propriétaire de la propriété intellectuelle d'octroyer une licence dépend du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la question de savoir si le créancier garanti du propriétaire peut, par convention, interdire à ce dernier d'octroyer une licence relève, quant à elle, de la loi sur les opérations garanties traitée dans le projet de supplément (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 1).

e) “Droit” et “droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle”

29. Ainsi qu'il a été mentionné, le commentaire explique aussi que le terme “droit” employé dans le *Guide* désigne aussi bien les règles d'origine législative que les règles d'origine non législative. Dans le *Guide*, l'expression “droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle” (voir recommandation 4 b)) a une portée plus vaste que le terme “droit de la propriété intellectuelle” (qui traite par exemple des brevets, des marques ou des droits d'auteur) mais plus étroite que la notion de droit commun des contrats ou des biens (voir Introduction du *Guide*, par. 19). En particulier, elle désigne le droit interne ou le droit découlant des accords internationaux auxquels un État est partie portant sur la propriété intellectuelle et régissant spécifiquement les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, et non les règles qui s'appliquent d'une manière générale aux sûretés sur divers types de biens et qui pourraient être amenées à s'appliquer à des sûretés sur la propriété intellectuelle. Un exemple de “droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle” serait le droit de la propriété intellectuelle qui s'applique spécifiquement aux nantissements ou aux hypothèques de droits d'auteur sur des logiciels, en supposant, bien entendu, que le droit en question s'applique en tant que droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et n'est pas simplement l'application à la propriété intellectuelle de règles générales d'un État sur le nantissement ou l'hypothèque.

f) Licence

30. Le *Guide* emploie également le terme “licence” dans son acception générale, tout en reconnaissant que, dans le contexte du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, il convient d'établir une distinction entre: a) les licences contractuelles (explicites ou implicites) et les licences obligatoires ou légales, qui n'émanent pas d'un accord; b) entre un accord de licence et la licence octroyée par l'accord (par exemple l'autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence); et c) entre les licences exclusives (pouvant être considérées dans le cadre du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États comme des transferts) et les

licences non exclusives. En outre, dans le *Guide*, un accord de licence n'emporte pas de lui-même constitution d'une sûreté réelle mobilière et une licence avec droit de mettre fin à un accord de licence n'est pas une sûreté réelle mobilière.

31. Le soin de définir précisément ces termes est toutefois laissé au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ainsi qu'au droit des contrats et à tout autre droit applicable (par exemple, la Recommandation commune concernant les licences de marques adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'OMPI (2000)¹¹ et le Traité de Singapour sur le droit des marques (2006))¹². Le *Guide* n'a aucune incidence en particulier sur les limites ou les clauses d'un accord de licence faisant référence à la description de la propriété intellectuelle concernée, aux utilisations autorisées ou restreintes, à la région géographique d'utilisation et à la durée de cette utilisation. Par exemple, une licence exclusive pour exploiter les "droits de projection publique" du film A dans le pays X pour une durée de "10 ans à partir du 1^{er} janvier 2008" diffère d'une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits vidéo" sur le film A dans le pays Y pour une période de "10 ans à partir du 1^{er} janvier 2008".

32. Le *Guide* n'a aucune influence non plus sur la manière dont le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qualifie les droits découlant d'un accord de licence. Par exemple, il est sans incidence sur la nature des droits créés par un accord de licence exclusive en tant que droits réels, ou sur la nature d'une licence exclusive en tant que transfert, comme c'est le cas dans certains droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a aucune incidence non plus sur les limites à la transférabilité des droits mis sous licence fixées par l'accord de licence.

g) Créance et cession

33. Le terme "créance" désigne, dans le *Guide* et dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (dénommée ci-après "Convention des Nations Unies sur la cession")¹³, un droit au paiement d'une obligation monétaire et, aux fins du *Guide*, englobe par conséquent le droit d'un donneur de licence (qui peut être ou non propriétaire) ou d'un preneur de licence/sous-licence, d'obtenir paiement des redevances dues au titre de la licence (sans incidence sur les clauses de l'accord de licence, tel qu'un accord entre un donneur et un preneur de licence en vertu duquel ce dernier ne constituera pas de sûreté réelle mobilière sur son droit au paiement de sous-redevances). La signification et la portée exactes des redevances dues au titre de la licence dépendent des conditions de l'accord de licence relatives au paiement des redevances prévoyant, par exemple, que les versements doivent être échelonnés ou peuvent prendre la forme d'un pourcentage en fonction des conditions du marché et du chiffre d'affaires (pour ce qui est du terme "créancier garanti", voir les paragraphes 35 à 37 ci-dessous; pour la distinction entre créancier garanti et propriétaire de propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 10 à 12).

¹¹ http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.

¹² <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore>.

¹³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

34. Le *Guide* emploie le terme “cession”, s’agissant des créances, pour désigner non seulement les cessions pures et simples, mais aussi les cessions à titre de garantie (qu’il traite comme des opérations garanties) et les opérations constitutives d’une sûreté réelle mobilière sur une créance. Afin de ne pas donner l’impression que les recommandations du *Guide* relatives aux cessions de créances s’appliquent également aux “cessions” de propriété intellectuelle, le terme “transfert” (et non “cession”) est employé dans le Supplément pour désigner le transfert des droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle. Alors que le *Guide* s’applique à tous les types de cessions de créances, il ne s’applique pas aux transferts purs et simples de tout autre droit qu’une créance (voir les recommandations 2 d) et 3). Il conviendrait également de noter que, si le soin de définir les termes “transfert” ou “licence” est laissé au droit des biens ou au droit des contrats en question, le terme “transfert” ne désigne pas, dans le *Guide*, un accord de licence.

h) Propriétaire

35. Le terme “propriétaire” d’un bien grevé, qu’il s’agisse ou non de propriété intellectuelle, n’est pas expliqué dans le *Guide*. C’est une question qui relève du droit des biens pertinent. Aussi le *Guide* emploie-t-il le terme “propriétaire de propriété intellectuelle”, dans le sens où il est compris dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, pour désigner généralement la personne autorisée à exercer les droits exclusifs découlant de la propriété intellectuelle ou la personne à laquelle ces droits ont été transférés, à savoir le créateur, l’auteur ou l’inventeur ou leur successeur en titre (concernant la faculté d’un créancier garanti d’exercer les droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle, voir le paragraphe 37).

i) Créancier garanti

36. Le *Guide* reconnaît qu’une convention constitutive de sûreté crée une sûreté réelle mobilière, qui se définit comme un droit réel limité, et non comme un droit de propriété, sur un bien grevé à condition, bien entendu, que le constituant ait le droit de créer une telle sûreté sur le bien en question. De ce fait, le terme “créancier garanti” (qui comprend le bénéficiaire d’un transfert à titre de garantie) ne désigne pas, dans le *Guide*, le bénéficiaire d’un transfert ou le propriétaire. Autrement dit, un créancier garanti qui acquiert une sûreté réelle mobilière conformément aux dispositions du *Guide* n’est pas présumé acquérir ce faisant la propriété. En effet, l’objectif est essentiellement de protéger le constituant/propriétaire qui conserve la propriété et souvent la possession ou le contrôle du bien grevé, tout en préservant suffisamment les intérêts du créancier garanti si le constituant ou autre débiteur ne paie pas l’obligation garantie. En tout état de cause, les créanciers garantis ne souhaitent normalement pas assumer les obligations et les coûts liés à la propriété et le *Guide* ne les y oblige pas. Il en découle, par exemple, que, même après la constitution d’une sûreté réelle mobilière, le propriétaire du bien grevé peut exercer tous ses droits en qualité de propriétaire (sous réserve, bien entendu, des limites qu’il ait pu convenir avec le créancier garanti). Ainsi, lorsque le créancier garanti dispose du bien grevé en réalisation de sa sûreté après la défaillance, il ne devient pas nécessairement propriétaire. Il ne fait en l’occurrence que réaliser sa sûreté. En cas de défaillance, ce n’est qu’après avoir proposé d’acquérir les droits de propriété du constituant sur le bien grevé à titre d’exécution totale ou partielle de l’obligation garantie (en l’absence d’objection de la part du débiteur et des autres créanciers du

débiteur) ou qu'après avoir acquis les droits de propriété du constituant en achetant le bien dans une vente publique dans le cadre d'une réalisation, que le créancier garanti pourra éventuellement devenir propriétaire.

37. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, cette qualification de la convention constitutive de sûreté et des droits du créancier garanti vaut lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a cependant aucune incidence sur les différentes qualifications prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour les questions relevant spécifiquement de la propriété intellectuelle. Dans ce droit, il se peut qu'une convention constitutive de sûreté soit qualifiée de transfert des droits de propriété intellectuelle d'un propriétaire et que le créancier garanti jouisse des droits d'un propriétaire, d'un donneur ou d'un preneur de licence, par exemple du droit de conserver la propriété intellectuelle grevée et donc de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer des licences ou de poursuivre les auteurs d'atteintes. Aucune disposition de la loi sur les opérations garanties n'empêche donc, par exemple, un créancier garanti de convenir avec le constituant/propriétaire, le donneur ou le preneur de licence qu'il assumera la qualité de propriétaire, de donneur ou de preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée. Si la convention garantit ou vise à garantir l'exécution d'une obligation et si le droit de la propriété intellectuelle autorise un créancier garanti à devenir propriétaire, donneur ou preneur de licence, le terme "créancier garanti" peut désigner un propriétaire, un donneur ou un preneur de licence dans la mesure permise par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Dans ce cas, la loi sur les opérations garanties s'appliquera pour les questions qu'elle régit normalement, telles que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (sous réserve de la limitation prévue à la recommandation 4 b)), et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle s'appliquera pour les questions qu'il régit normalement, comme le fait de pouvoir traiter avec les autorités publiques, octroyer des licences ou poursuivre les auteurs d'atteintes.

j) Sûreté réelle mobilière

38. Le *Guide* parle de "sûreté réelle mobilière" pour désigner tous les types de droits réels constitués sur un bien meuble par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit leur dénomination (voir la définition du terme "sûreté réelle mobilière" dans l'Introduction du *Guide*, par. 20 et les recommandations 2 d) et 8). En conséquence, le terme "sûreté réelle mobilière" désignerait aussi le droit d'une personne bénéficiant d'un nantissement ou d'une hypothèque sur la propriété intellectuelle, de même que le droit d'une personne bénéficiant d'un transfert effectué à titre de garantie. Les États adoptants souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et coordonner la terminologie employée dans celui-ci avec celle utilisée dans la loi que recommande le *Guide*.

k) Transfert

39. Bien que le *Guide* emploie le terme "transfert pur et simple" pour désigner le transfert de propriété (voir chapitre I du *Guide* sur le champ d'application, par. 25), la signification exacte de ce terme est une question de droit des biens. Le *Guide* emploie également le terme "transfert à titre de garantie" pour désigner une

opération qui, malgré l'appellation de "transfert", est fonctionnellement une opération garantie. L'approche fonctionnelle, intégrée et globale adoptée dans le *Guide* en matière d'opérations garanties (voir les recommandations 2 d) et 8), aux fins de la loi sur les opérations garanties, consiste à considérer le transfert à titre de garantie comme une opération garantie. Dans la mesure où, dans d'autres droits, une qualification différente d'un transfert à titre de garantie s'appliquerait à tous les biens, le *Guide*, pour cette question ne donnerait pas préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir la recommandation 4 b) et les paragraphes 12 à 17 ci-dessus). Cette approche n'a toutefois aucune incidence sur une qualification différente d'un transfert autre qu'un transfert pur et simple aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Dans le droit de la propriété intellectuelle, l'expression "transfert autre qu'un transfert pur et simple" peut désigner, par exemple, le transfert d'une partie des droits exclusifs d'un donneur à un preneur de licence, le donneur gardant certains de ces droits.

D. Évaluation de la propriété intellectuelle à grever

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 40 à 52, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 33 à 46, A/CN.9/670, par. 21 à 26, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 22 à 41, A/CN.9/667, par. 23 et 24, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 8 à 21, et A/CN.9/649, par. 108.*]

40. L'évaluation des biens à grever est une question que tout constituant et tout créancier garanti prudents devront régler indépendamment du type de bien visé. L'évaluation de la propriété intellectuelle est cependant plus difficile dans la mesure où elle pose au moins la question de savoir si la propriété intellectuelle peut faire l'objet d'une exploitation économique pour générer des revenus. Par exemple, une fois un brevet créé, la question est de savoir si celui-ci est susceptible d'une quelconque application commerciale et, dans l'affirmative, quel serait le montant des recettes pouvant être tirées de la vente de produits brevetés.

41. La loi sur les opérations garanties ne peut répondre à cette question. Cependant, dans la mesure où elle a une incidence sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, certaines difficultés liées à l'évaluation de la propriété intellectuelle doivent être comprises et traitées. Par exemple, un problème tient au fait que, bien que l'évaluation doive tenir compte de la valeur de la propriété intellectuelle elle-même et des flux de trésorerie escomptés, il n'existe aucune formule universellement acceptée pour ce calcul. Toutefois, étant donné l'importance grandissante de la propriété intellectuelle en tant que garantie de crédits, prêteurs et emprunteurs peuvent généralement, dans certains États, demander conseil à des experts indépendants en évaluation de la propriété intellectuelle. En outre, les parties peuvent recourir, dans certains États, aux méthodes d'évaluation élaborées par les institutions nationales, telles que les associations de banques et bénéficiaire également de formations sur l'évaluation de la propriété intellectuelle en général ou pour les accords de licence en particulier offertes par des organisations internationales comme l'OMPI. Elles peuvent aussi recourir aux règles pour l'évaluation de la propriété intellectuelle en tant que bien susceptible d'être affecté en garantie d'un crédit élaborées par d'autres organisations internationales, comme l'Organisation de coopération et de développement économiques.

E. Exemples de pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle

42. On peut utilement diviser les opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle en trois grandes catégories. La première comprend les opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit (à savoir les droits d'un propriétaire, d'un donneur de licence ou d'un preneur de licence). Dans ce type d'opérations, le fournisseur du crédit se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur des brevets, des marques, des droits d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur. Les exemples 1 à 4 ci-après illustrent cette catégorie d'opérations. Ainsi, dans l'exemple 1 sont grevés les droits d'un propriétaire, dans les exemples 2 et 3, les droits d'un donneur de licence et, dans l'exemple 4, les droits d'un preneur de licence.

43. La deuxième catégorie d'opérations concerne les cas où des biens autres que la propriété intellectuelle, tels que des stocks ou du matériel, sont affectés en garantie d'un crédit, mais où la valeur de ces biens est dans une certaine mesure fondée sur la propriété intellectuelle qui s'y rattache. Les exemples 5 et 6 illustrent ce type d'opérations.

44. La troisième catégorie concerne les opérations de financement qui combinent des éléments des deux premières catégories. L'exemple 7 en est une illustration. Il s'agit d'un crédit octroyé à un fabricant, garanti par une sûreté réelle mobilière portant sur presque tous ses biens, y compris ses droits de propriété intellectuelle.

45. Chacun des exemples illustre comment les propriétaires, les donneurs de licence et les preneurs de licences de droits de propriété intellectuelle, ou encore les propriétaires de biens dont la valeur dépend fortement de la propriété intellectuelle associée, peuvent utiliser ces biens pour garantir un crédit. Dans chaque cas, un prêteur potentiel prudent s'attachera avec une diligence raisonnable à déterminer la nature et l'étendue des droits des propriétaires et des preneurs de licences de la propriété intellectuelle concernée et à évaluer dans quelle mesure le financement proposé risque ou non d'affecter ces droits. La possibilité pour le prêteur de traiter ces questions de manière satisfaisante, en obtenant, au besoin, le consentement et d'autres accords des propriétaires de la propriété intellectuelle, influera sur sa volonté d'accorder le crédit demandé et sur le coût de ce crédit. Chacune de ces catégories d'opérations non seulement utilise différents types (ou différentes combinaisons) de biens grevés mais pose également différents problèmes juridiques à un prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit¹⁴.

Exemple 1 (droits d'un propriétaire sur un portefeuille de brevets et de demandes de brevets)

46. La Société A, entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments, souhaite obtenir de la Banque A une ligne de crédit

¹⁴ Il se peut que certaines de ces questions soient traitées dans la législation régissant des droits de propriété intellectuelle particuliers. L'article 19, par exemple, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire dispose que la marque communautaire peut être donnée en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel et que, sur requête d'une des parties, ces droits peuvent être inscrits au registre des marques communautaires.

permanent garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet actuels et futurs de médicaments. Elle donne à la Banque A une liste de tous ses brevets et demandes de brevet existants, en indiquant leurs propriétaires successifs. La Banque A détermine quels brevets et demandes de brevet entreront dans “la base d’emprunt” (autrement dit, les brevets et les demandes de brevet auxquels la Banque acceptera d’attribuer une valeur pour l’emprunt) et pour quelle valeur. Parallèlement, elle demande à un expert indépendant en propriété intellectuelle d’évaluer les brevets et les demandes de brevet. Elle obtient ensuite une sûreté réelle mobilière sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet et inscrit un avis concernant sa sûreté dans le registre de brevets national approprié (à supposer que le droit applicable prévoit l’inscription des sûretés réelles mobilières sur le registre des brevets). Lorsque la Société A obtient un nouveau brevet, elle en indique les propriétaires successifs et en fournit une évaluation à la Banque A, qui inclura ce brevet dans la base d’emprunt. La Banque évalue les informations, détermine le montant du crédit supplémentaire qu’elle va octroyer sur la base de ce nouveau brevet, et modifie la base d’emprunt en conséquence. Elle procède alors aux inscriptions appropriées sur le registre des brevets concernant sa sûreté sur le nouveau brevet.

Exemple 2 (droits d’un donneur de licence sur les redevances découlant de la licence d’exploitation d’œuvres d’art graphique)

47. La Société B, éditeur de bandes dessinées, accorde sous licence le droit d’utiliser ses personnages, protégés par le droit d’auteur, à un grand nombre de fabricants de vêtements, de jouets, de logiciels interactifs et d’accessoires. Aux termes de l’accord de licence standard, les preneurs de licence sont tenus de rendre compte de leur chiffre d’affaires et de payer des redevances sur ce chiffre tous les trimestres. La Société B souhaite emprunter à la Banque B une somme garantie par le flux prévu de redevances dues au titre de ces accords de licence. Elle communique à la Banque B une liste des licences, avec indication du profil de solvabilité des preneurs et de la situation de chaque accord de licence. La Banque B demande alors à la Société B d’obtenir un “certificat d’estoppel” de chaque preneur attestant l’existence de la licence, l’absence de défaillance et le montant dû et confirmant l’engagement du preneur de payer les redevances futures à la partie appropriée (par exemple Société B, Banque B ou compte de garantie bloqué) jusqu’à nouvel ordre.

Exemple 3 (droits d’un donneur de licence sur les redevances découlant d’une licence d’exploitation d’un film)

48. La Société C, entreprise cinématographique, souhaite produire un film. Elle crée une société distincte chargée de la production et du recrutement des scénaristes, producteurs, réalisateurs et acteurs. La société de production obtient de la Banque C un prêt garanti par le droit d’auteur, les contrats de services et toutes les recettes qui proviendront de l’exploitation du film. Elle conclut ensuite des accords de licence avec des distributeurs de multiples pays qui acceptent de payer une “avance” sur les redevances une fois le film achevé et livré. Pour chaque licence, la Société de production C, la Banque C et le distributeur/preneur de licence concluent un accord “de reconnaissance et de cession”, dans lequel le preneur reconnaît la sûreté préexistante de la Banque C et la cession à cette dernière des redevances qu’il paie, tandis que la Banque s’engage, si elle doit réaliser sa sûreté sur les droits du

donneur de la licence, à ne pas mettre fin à cette dernière aussi longtemps que le preneur paie et se conforme à tous autres égards à l'accord de licence.

Exemple 4 (autorisation pour un preneur de licence d'utiliser ou d'exploiter un logiciel sous licence)

49. La Société D conçoit des logiciels complexes utilisés dans plusieurs applications architecturales. Certains composants des logiciels sont créés par ses propres ingénieurs (composants dont la société concède à ses clients l'utilisation sous licence). La Société incorpore également dans ses produits des composants de logiciels qu'elle utilise sous licence obtenue auprès de tiers (et pour lesquels elle octroie ensuite des sous-licences à ses clients). Elle souhaite obtenir de la Banque D un prêt garanti par une sûreté réelle mobilière grevant ses droits en tant que preneur de licence de propriété intellectuelle, à savoir son droit d'utiliser et d'incorporer dans ses logiciels certains composants dont elle se sert sous licence obtenue auprès de tiers. À titre de preuve, le concepteur de logiciels peut fournir à la Banque D une copie de l'accord de licence qu'il a obtenu sur les composants.

Exemple 5 (droits d'un fabricant de stocks de marque)

50. La Société E, fabricant de jeans de marque et d'autres vêtements haute couture, souhaite emprunter à la Banque E un certain montant garanti en partie par ses stocks de produits finis. Nombre des articles qu'elle fabrique portent des marques célèbres qu'elle exploite en vertu d'accords de licence conclus avec des tiers qui l'autorisent à fabriquer et à vendre les articles en question. La Société E fournit à la Banque E les accords de licence attestant son droit d'utiliser les marques et indiquant les obligations contractées auprès du propriétaire de la marque. La Banque lui octroie un crédit sur la valeur des stocks.

Exemple 6 (droits d'un distributeur de stocks de marque)

51. La Société F, qui est l'un des distributeurs de la Société E, souhaite emprunter à la Banque F une somme garantie en partie par ses stocks de jeans de marque et autres vêtements qu'elle achète à la Société E et dont une bonne partie porte des marques célèbres que la Société E exploite sous licence obtenue auprès de tiers. La Société F fournit à la Banque F les factures émises par la Société E prouvant qu'elle a acquis les jeans dans le cadre d'une vente autorisée, ou bien copie des accords conclus avec la Société E attestant que les jeans distribués par la Société F sont authentiques. La Banque F octroie un crédit à la Société F sur la valeur des stocks.

Exemple 7 (sûreté réelle mobilière grevant tous les biens d'une entreprise)

52. La Société G, fabricant et distributeur de cosmétiques, souhaite obtenir un crédit de 200 millions d'euros afin de disposer d'un fonds de roulement continu pour ses activités. La Banque G envisage d'octroyer ce crédit, à condition qu'il soit garanti par un "nantissement global d'entreprise", autrement dit une sûreté réelle mobilière sur la quasi-totalité des biens présents et futurs de la Société, y compris tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs dont elle est propriétaire ou qu'elle exploite sous licence obtenue auprès de tiers.

F. Principaux objectifs et principes fondamentaux

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 53 à 59, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 47 à 53, A/CN.9/670, par. 27, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 42 à 45, A/CN.9/667, par. 25 à 28, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 61 à 75, et A/CN.9/649, par. 88 à 97.*]

53. Le *Guide* a pour objectif général de promouvoir le crédit garanti. Il examine plusieurs objectifs supplémentaires, comme la prévisibilité et la transparence (voir Introduction du *Guide*, section D.2), qui concourent à la réalisation de cet objectif général. Il énonce également plusieurs principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie. Ces principes sont notamment les suivants: le champ d'application large des lois sur les opérations garanties, l'approche intégrée et fonctionnelle des opérations garanties (approche dans laquelle toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit leur dénomination, sont considérées comme des mécanismes de sûreté) et la possibilité de constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir Introduction du *Guide*, section D.3).

54. Ces objectifs principaux et ces principes fondamentaux sont tout aussi valables pour les opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle. Ainsi, le *Guide* a pour objectif général, en ce qui concerne la propriété intellectuelle, de promouvoir le crédit garanti en faveur des entreprises propriétaires de propriété intellectuelle ou autorisées à exploiter une propriété intellectuelle, en leur permettant d'utiliser les droits s'y rattachant comme biens grevés, sans nuire aux droits légitimes des propriétaires, des donneurs de licences et des preneurs de licences découlant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ainsi que du droit des contrats ou du droit général des biens. De même, tous les objectifs et principes mentionnés ci-dessus s'appliquent aux opérations garanties dans lesquelles le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle ou comprend un droit de propriété intellectuelle. Par exemple, le *Guide* vise à:

- a) Autoriser les personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle à utiliser cette dernière pour garantir un crédit (voir Principal objectif 1, al. a));
- b) Autoriser les personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle à utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir des crédits (voir Principal objectif 1, al. b));
- c) Permettre aux personnes ayant des droits sur la propriété intellectuelle de constituer une sûreté réelle mobilière sur ces droits de manière simple et efficace (voir Principal objectif 1, al. c));
- d) Laisser aux parties à des opérations garanties concernant la propriété intellectuelle le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté (voir Principal objectif 1, al. i))
- e) Permettre aux parties intéressées de déterminer l'existence de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. f));
- f) Permettre aux créanciers garantis de déterminer la priorité de leur sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. g)); et

g) Faciliter la réalisation efficace des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir Principal objectif 1, al. h)).

55. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle a pour but général d'empêcher l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité. À cette fin, il accorde certaines prérogatives exclusives aux propriétaires de propriété intellectuelle, aux donneurs ou aux preneurs de licences. Afin d'assurer la réalisation des principaux objectifs de la loi sur les opérations garanties sans compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de fournir ainsi des mécanismes pour financer l'activité créative et la diffusion des fruits de cette activité, le *Guide* énonce un principe général qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ce principe figure dans la recommandation 4 b) (voir les paragraphes 13 à 18 ci-dessus et le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, section II, A.4).

56. Il suffit ici de noter que le régime exposé dans le *Guide* ne vise en aucune façon à définir le contenu des droits de propriété intellectuelle, à décrire l'étendue des droits que peut exercer un propriétaire, un donneur ou un preneur de licence, ni à leur interdire de protéger la valeur de leurs droits de propriété intellectuelle en empêchant leur utilisation non autorisée. Ainsi, l'objectif principal, à savoir promouvoir le crédit garanti en ce qui concerne la propriété intellectuelle, sera atteint de façon à ne pas compromettre les objectifs fixés par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, qui sont d'empêcher une utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité.

57. De même, cet objectif principal de promotion du crédit garanti sans compromettre les objectifs du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, signifie que ni l'existence du régime de crédit garanti ni la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle ne devraient diminuer la valeur de la propriété intellectuelle. En conséquence, la constitution d'une sûreté sur la propriété intellectuelle ne devrait pas, par exemple, être interprétée à tort comme constituant un abandon involontaire de la propriété intellectuelle (ainsi, le défaut d'exploitation sérieuse d'une marque, le fait de ne pas l'utiliser sur tous les produits ou services, ou l'absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur, voire un abandon de la propriété intellectuelle) par le propriétaire ou le créancier garanti.

58. De plus, cet objectif principal signifie que, dans le cas de produits ou de services associés à des marques, la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l'origine des produits ou des services. Par exemple, si un créancier garanti remplace le nom et l'adresse du fabricant sur les produits pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu'il conserve la marque et vend les produits dans un pays où la marque appartient à une autre personne, la confusion quant à l'origine des produits est inévitable.

59. Enfin, cet objectif principal signifie que la loi sur les opérations garanties ne devrait pas prévoir qu'une sûreté sur les droits d'un preneur de licence qui ne sont pas transférables sans le consentement de ce dernier puisse être constituée sans son accord.

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
II. Champ d'application et autonomie des parties	1-24
A. Champ d'application large	1-21
B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.....	22-24

II. Champ d'application et autonomie des parties

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 24, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 1 à 24, A/CN.9/670, par. 28 à 34, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 46 à 67, A/CN.9/667, par. 29 à 31, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 82 à 108, et A/CN.9/649, par. 81 à 87.]

A. Champ d'application large

1. Le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (pour le sens du terme "propriété intellectuelle", voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 24 à 26). Une sûreté réelle mobilière visée dans le *Guide* peut être constituée ou acquise par une personne morale ou physique afin de garantir tout type d'obligation (voir recommandation 2). Le *Guide* s'applique à toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté quelles que soient leur forme et la façon dont elles sont désignées par les parties (voir recommandations 2, alinéa d), et 8). Le Supplément a un champ d'application tout aussi large en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. Biens grevés visés

2. C'est au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qu'il revient de caractériser les types de propriété intellectuelle et de déterminer si chacun de ces types est susceptible d'être transféré et donc d'être grevé. Le *Guide* et le Supplément partent cependant du principe général qu'une sûreté réelle mobilière peut grever tout type de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet, une marque ou des droits d'auteur. Ils partent également de l'hypothèse qu'une sûreté peut grever un

quelconque des divers droits exclusifs d'un propriétaire, les droits d'un preneur de licence ou les droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel.

3. Une limitation importante est cependant apportée au champ d'application du *Guide* et du Supplément qui vient d'être décrit. En vertu des règles générales du droit des biens, il faut que le droit devant être grevé puisse être transféré conformément au droit commun des biens et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en règle générale, seuls les droits patrimoniaux d'un auteur peuvent être transférés (et donc grevés), mais non ses droits moraux. Le *Guide* ne touche pas ces limitations. Plus spécifiquement, la loi recommandée dans le *Guide* ne prévaut pas sur d'autres règles de droit (y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle) si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers, dont la propriété intellectuelle, ou la transférabilité de tels biens (voir recommandation 18). Ne font exception à cette règle que les dispositions légales limitant la cessibilité des créances futures et les cessions globales de créances (voir recommandation 23).

2. Opérations visées

4. Comme il a été indiqué, le *Guide* s'applique à toutes les opérations ayant fonction de sûreté, indépendamment de la façon dont elles sont désignées par les parties ou par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En d'autres termes, que ce dernier qualifie de transfert conditionnel voire de transfert "pur et simple" le fait de transférer un droit de propriété intellectuelle à un créancier à des fins de garantie, le *Guide* traite cette opération comme donnant naissance à une sûreté réelle mobilière et s'y applique en conséquence dans la mesure où elle a fonction de sûreté.

3. Transferts purs et simples de propriété intellectuelle

5. Dans une certaine mesure, le *Guide* s'applique à un transfert pur et simple (en d'autres termes au transfert de la propriété) de créances (voir recommandation 3). Du fait qu'il considère les redevances dues par le preneur d'une licence de propriété intellectuelle à son donneur comme des créances de ce dernier, il s'applique, dans une certaine mesure, au transfert pur et simple du droit de recevoir paiement des redevances (sans avoir d'incidence sur les clauses de l'accord de licence, par exemple, un accord entre le donneur et le preneur prévoyant que ce dernier ne constituera pas de sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances au titre des sous-licences). Si les transferts purs et simples de créances sont inclus dans le champ d'application du *Guide*, c'est parce qu'ils sont habituellement considérés comme des opérations de financement et qu'il est souvent difficile, dans la pratique, de les distinguer des prêts adossés à ces créances. Toutefois, le simple fait que le *Guide* s'applique en général aux transferts purs et simples de créances ne signifie pas qu'il requalifie de tels transferts en opérations garanties, car cela pourrait compromettre d'importantes pratiques de financement par cession de créances, telles que l'affacturage (pour les transferts purs et simples de créances, voir le chapitre I du *Guide* sur le champ d'application, par. 25 à 31; pour un exemple d'opération d'affacturage, voir l'introduction du *Guide*, par. 31 à 34).

6. Le *Guide* s'applique également aux transferts de tous biens meubles à titre de garantie, qu'il considère comme des sûretés (voir recommandations 2, alinéa d), et 8). C'est pourquoi, si un État adopte ses recommandations, un transfert de droits de propriété intellectuelle (qu'il s'agisse de la pleine propriété ou de droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités) effectué à titre de garantie serait traité comme une opération garantie. Cette approche du *Guide* repose sur le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de déterminer si une opération est une opération garantie, le fond l'emporte sur la forme. Par conséquent, les parties pourront simplement constituer une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle en appliquant les méthodes prévues par la loi recommandée dans le *Guide* sans devoir effectuer d'autres formalités liées à un "transfert" aux fins de la loi sur les opérations garanties. Les pratiques relatives aux licences ne s'en trouveront cependant pas modifiées étant donné que, selon le *Guide*, un accord de licence n'emporte pas constitution d'une sûreté et une licence avec le droit de mettre fin à l'accord de licence n'est pas une sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 30).

7. En revanche, le *Guide* ne s'applique pas aux transferts purs et simples de biens meubles autres que des créances, y compris la propriété intellectuelle (le *Guide* n'emploie le terme "cession" que pour des créances, afin d'éviter que les recommandations qui s'appliquent à la cession de créances ne s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle; voir l'introduction du *Guide*, note 24). Le *Guide* peut cependant avoir une incidence sur les droits du bénéficiaire du transfert pur et simple d'un bien grevé en cas de conflit de priorité entre les droits de ce bénéficiaire et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce même bien. La raison qui explique l'exclusion des transferts purs et simples de biens meubles autres que les créances, y compris la propriété intellectuelle, est que ce type de transfert est suffisamment régi par d'autres règles de droit, y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

4. Limites du champ d'application

8. Le *Guide* part du principe que, pour faciliter l'accès à un financement adossé à la propriété intellectuelle, les États adoptant ses recommandations prévoiront des règles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans leur régime moderne des opérations garanties. Ces États souhaiteront peut-être par conséquent revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de remplacer tous les mécanismes permettant de constituer une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (y compris les nantissements, les hypothèques et les transferts conditionnels) par le concept général de sûreté réelle mobilière. Le *Guide* reconnaît aussi toutefois qu'il faut, ce faisant, respecter les principes et l'infrastructure du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de chaque État adoptant.

9. L'introduction (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, Introduction, section B) et divers chapitres du présent Supplément traitent en détail des points de recoupement potentiels entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Aux fins de cet examen plus détaillé des conséquences de la recommandation 4 b), il est utile à ce stade de distinguer: a) les questions qui relèvent manifestement du droit contenant des

dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et dans lesquelles le *Guide* n'intervient aucunement; et b) les questions sur lesquelles les règles énoncées dans le *Guide* peuvent être supplantées ou complétées par une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui régit la même question mais d'une manière différente.

a) Distinction entre les droits de propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle

10. Le *Guide* traite uniquement des questions juridiques qui relèvent exclusivement de la loi sur les opérations garanties, et non des questions relatives à la nature et aux attributs juridiques du bien objet de la sûreté réelle mobilière. Ces dernières questions sont l'apanage des règles du droit des biens applicables en l'espèce (les créances constituant la seule exception partielle dans la mesure où le *Guide* s'applique aussi aux transferts purs et simples de créances).

11. Dans le cadre d'un financement garanti par la propriété intellectuelle, il en découle que le *Guide* ne traite pas, ni n'entend traiter, les questions concernant l'existence, la validité, l'opposabilité et le contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant. Ces questions sont tranchées exclusivement par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il va de soi que le créancier garanti devra prêter attention à ces règles afin d'évaluer l'existence et la qualité des biens devant être grevés, mais il en irait de même pour tout type de bien grevé (ainsi, les questions concernant l'existence d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son contenu exact et son opposabilité relèvent de lois autres que la loi sur les opérations garanties). On trouvera ci-après une liste indicative et non exhaustive des questions qui peuvent être traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour cette évaluation. Ce droit peut aborder des questions qui ne figurent pas sur la liste.

Droit d'auteur:

- a) Détermination de la personne ayant qualité d'auteur ou de coauteur;
- b) Durée de la protection du droit d'auteur;
- c) Droits patrimoniaux conférés par le droit ainsi que limites et exceptions à la protection;
- d) Nature de l'objet protégé (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);
- e) Possibilité en droit de transférer les droits patrimoniaux et le droit d'octroyer une licence;
- f) Possibilité de mettre fin à un transfert ou à une licence de droit d'auteur, ou de régler autrement un transfert ou une licence;
- g) Portée et non-transférabilité des droits moraux;
- h) Présomptions concernant l'exercice et le transfert des droits et limites concernant la personne autorisée à exercer ces droits;
- i) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre sur commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi.

Droits voisins (apparentés ou connexes):

- a) Signification et étendue des droits voisins, y compris question de savoir si un État peut reconnaître certains droits voisins dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur ou d'une autre loi;
- b) Personnes en droit de revendiquer des droits voisins;
- c) Nature de l'expression protégée;
- d) Relations entre titulaires de droits voisins et titulaires de droits d'auteur;
- e) Étendue des droits exclusifs ou des droits à une rémunération équitable par rapport aux droits voisins;
- f) Tout facteur de rattachement ou formalité à des fins de protection, tel que la fixation, la publication ou l'avis;
- g) Toutes limites et exceptions à la protection pour les droits voisins;
- h) Durée de la protection pour les droits voisins;
- i) Possibilité en droit de transférer des droits voisins et le droit d'octroyer des licences;
- j) Possibilité de mettre fin à un transfert ou à une licence de droits voisins, ou de régler autrement un transfert ou une licence;
- k) Portée, durée et non-transférabilité de tout droit moral connexe.

Brevets:

- a) Détermination de la personne ayant qualité de propriétaire ou de copropriétaire du brevet;
- b) Validité d'un brevet;
- c) Limites et exceptions à la protection;
- d) Portée et durée de la protection;
- e) Motifs de contestation de la validité (évidence ou absence de nouveauté);
- f) Question de savoir si une publication antérieure fait ou non partie de l'état de la technique et, par conséquent, fait ou non obstacle à la brevetabilité;
- g) Question de savoir si la protection est accordée au premier inventeur du brevet ou au premier déposant.

Marques de produits et de services:

- a) Détermination du premier utilisateur ou du propriétaire de la marque;
- b) Question de savoir si la protection est octroyée au premier utilisateur de la marque ou au premier déposant et si une protection est octroyée à une marque enregistrée ultérieurement si elle entre en conflit avec une marque déjà enregistrée;
- c) Question de savoir si l'utilisation antérieure est une condition préalable à l'inscription sur un registre des marques ou si le droit est obtenu par l'inscription initiale puis maintenu du fait de l'utilisation ultérieure;

- d) Fondement de la protection du droit (caractère distinctif);
- e) Motifs de déchéance de la protection (le titulaire du droit ne fait pas en sorte que la marque reste associée aux biens meubles corporels du propriétaire mis sur le marché), par exemple lorsque:
 - i) Une licence est concédée sans que le donneur contrôle directement ou indirectement la qualité ou la nature des produits ou services désignés par la marque (“licence nue”); et
 - ii) La marque est modifiée au point que son apparence ne correspond plus à la marque enregistrée;
- f) Question de savoir si la marque peut être transférée avec ou sans le fonds commercial.

b) Domaines de recoupement potentiel entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

12. Les questions qui viennent d’être abordées n’exigent pas qu’il soit donné préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, car le *Guide* n’a pas vocation à les traiter. En d’autres termes, il ne s’agit pas de questions pour lesquelles le principe posé à la recommandation 4 b) s’applique. Le problème de la préséance se pose lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de l’État adoptant prévoit une règle spécifique à la propriété intellectuelle sur une question qui entre dans le champ d’application du *Guide*, à savoir une question qui a trait à la constitution, à l’opposabilité, à la priorité ou à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ou à la loi applicable à cette sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, Introduction, section B).

13. Il est impossible d’indiquer dans l’abstrait la portée et les conséquences précises d’une telle préséance du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, étant donné que la mesure dans laquelle des règles spécifiques sur la propriété intellectuelle ont été établies varie considérablement d’un État à l’autre, voire au sein d’un même État, selon la catégorie de propriété intellectuelle envisagée. En outre, l’harmonisation et la modernisation du droit du financement garanti réalisées grâce au *Guide* ont leurs limites, car ce dernier traite uniquement des questions ayant trait au droit des opérations garanties et, dans certaines conditions, il donne la préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4 b)). Un autre facteur limitant l’impact du *Guide* tient au fait que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans les différents États n’aborde pas toutes les questions ayant trait au droit des opérations garanties de manière globale ou coordonnée. Pour cette raison, des résultats optimaux ne pourront être obtenus que si l’harmonisation et la modernisation du droit des opérations garanties réalisées par le *Guide* s’accompagnent d’une révision du droit de la propriété intellectuelle pour assurer la compatibilité et la coordination avec la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*. Les exemples ci-après illustrent certaines situations types.

Exemple 1

14. Dans certains États, où la constitution d'une sûreté réelle mobilière se fait par transfert de la propriété du bien grevé, il n'est pas possible de créer une sûreté sur une marque. On craint en effet que le transfert de la propriété au créancier garanti ne compromette le contrôle de la qualité exigé de la part du titulaire de la marque. Si les États en question adoptaient les recommandations du *Guide*, les transferts de propriété en vue de la constitution d'une sûreté sur une marque deviendraient inutiles et cette interdiction n'aurait plus de raison d'être, car, selon le concept de sûreté réelle mobilière adopté dans le *Guide*, le constituant reste propriétaire de la marque grevée. La question de savoir si le créancier garanti peut devenir le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence des droits sur la marque aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle est une autre question (en vertu du droit des opérations garanties, un créancier garanti ne devient pas propriétaire, donneur ou preneur). Toutefois, l'adoption des recommandations du *Guide* ne supprimerait pas automatiquement l'interdiction car, lorsqu'il est incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le *Guide* donne préséance à ce dernier. Par conséquent, il faudrait modifier la législation contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle concernée pour l'harmoniser avec la loi recommandée dans le *Guide*.

Exemple 2

15. Dans certains États, seuls les transferts de propriété intellectuelle (qu'il s'agisse de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie) peuvent être inscrits dans un registre spécialisé de la propriété intellectuelle, cette inscription étant impérative pour que le transfert prenne effet. Dans d'autres États, une sûreté grevant la propriété intellectuelle peut également être inscrite et cette inscription a des effets constitutifs ou des effets à l'égard des tiers. Compte tenu du principe de préséance accordée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans la recommandation 4 b), l'adoption des recommandations du *Guide* n'aurait aucune incidence sur l'application de cette règle et l'inscription au registre spécialisé continuera d'être exigée. Toutefois, cette préséance ne suffira pas toujours à régler la question de la coordination entre le registre général des sûretés et les registres de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 15 à 20), ni la question de savoir si une sûreté peut être constituée sur un droit futur de propriété intellectuelle et un avis y faire référence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 37 à 41, et A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 21 à 23).

Exemple 3

16. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit l'inscription dans divers registres de la propriété intellectuelle aussi bien pour les transferts purs et simples que pour les sûretés réelles mobilières, mais cette inscription n'est pas une condition préalable impérative pour l'opposabilité. Néanmoins, l'inscription a des conséquences en matière de priorité dans ce sens que les droits découlant d'une opération non inscrite peut être subordonnée aux droits découlant d'une opération inscrite. Dans ces États, la recommandation 4 b) permettrait de préserver cette règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il est donc probable qu'un créancier garanti désireux d'obtenir une protection optimale doit enregistrer d'une

part un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés et d'autre part la convention constitutive de sûreté ou un avis la concernant dans le registre de la propriété intellectuelle (toutefois, si le registre de la propriété intellectuelle autorise l'inscription des sûretés réelles mobilières, celle-ci serait suffisante dans tous les cas). En effet: a) la loi sur les opérations garanties exige l'inscription au registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité (sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permet l'inscription d'une sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié pour assurer l'opposabilité); et b) l'inscription au registre de la propriété intellectuelle sera nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque de voir sa sûreté primée par les droits d'un bénéficiaire de transfert concurrent ou d'un créancier garanti concurrent inscrit sur le registre de la propriété intellectuelle conformément aux règles de priorité et du droit contenant des dispositions relatives à la propriété intellectuelle.

17. Dans certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières dans le registre approprié de la propriété intellectuelle protège uniquement contre une sûreté ou un transfert antérieur non inscrit et uniquement si la personne qui a inscrit son droit a acquis ce dernier sans avoir connaissance du droit non enregistré (le *Guide* donnerait préséance à cette règle car il s'agit là d'une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et non d'une règle générale de la loi sur les opérations garanties qui existe dans l'ensemble du système juridique de l'État; voir recommandation 4, alinéa b)). Dans ces États, l'adoption des recommandations du *Guide* soulèvera une autre question, à savoir si l'inscription d'un avis concernant une sûreté grevant la propriété intellectuelle au registre général des sûretés est présumée informer un bénéficiaire de transfert ultérieur ou un créancier garanti ultérieur qui inscrit son transfert ou sa sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle. Si tel est le cas, en vertu de la loi d'un tel État, un créancier garanti ayant inscrit un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés n'aurait pas à inscrire également un document ou un avis la concernant au registre de la propriété intellectuelle afin de l'emporter sur les créanciers garantis et les bénéficiaires de transferts ultérieurs. En revanche, si tel n'est pas le cas dans ces États, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant la sûreté au registre de la propriété intellectuelle pourrait être requise pour avoir priorité sur des bénéficiaires de transferts et des créanciers garantis ultérieurs.

Exemple 4

18. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États prévoit l'inscription, au registre approprié de la propriété intellectuelle, d'un document ou d'un avis concernant un transfert de propriété intellectuelle, mais non d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Dans ces cas, l'inscription a des conséquences en termes de priorité uniquement entre les bénéficiaires de transferts mais non entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Dans les États qui suivent cette approche, un créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant tous les transferts de propriété intellectuelle en faveur de son constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits de propriété de ce dernier soient primés par les droits inscrits ultérieurement d'un bénéficiaire de transfert. À tous autres égards, toutefois, les droits du créancier garanti seront déterminés par le régime des opérations garanties. De même, le créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant un transfert à titre de

garantie réalisé en sa faveur par le constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits d'un bénéficiaire de transfert ultérieur ne l'emportent sur les droits découlant du transfert à titre de garantie en faveur du créancier garanti.

Exemple 5

19. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant un transfert ou une sûreté réelle mobilière au registre de la propriété intellectuelle est strictement facultative et ne vise qu'à faciliter l'identification de l'actuel propriétaire. Le défaut d'inscription n'invalide pas l'opération ni n'affecte sa priorité (mais pourrait créer des présomptions). Dans les États qui adoptent cette approche, la situation est pour l'essentiel la même que s'il n'existait aucun registre spécialisé, ce qui est souvent le cas pour le droit d'auteur. Lorsque ces questions sont traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le *Guide* donne préséance à ce dernier. En revanche, lorsque ces questions relèvent du droit commun des biens, aucun problème de préséance ne se pose, puisque les règles antérieures au *Guide* ne découlent pas du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle mais du droit des biens en général. En conséquence, l'adoption du *Guide* permettra de remplacer les règles existantes notamment sur la constitution, l'opposabilité et la priorité pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Il est entendu que les règles antérieures sur ces questions continueront de s'appliquer aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle, puisque le *Guide* ne régit que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devra par conséquent vérifier si un prétendu transfert est effectivement un transfert pur et simple ou une opération garantie déguisée (c'est-à-dire une opération qui, bien qu'elle ne soit pas dénommée opération garantie par les parties, a une fonction de garantie). Cette gestion du risque n'est cependant en rien différente de celle qui s'impose pour tout autre type de bien grevé pour lequel n'existe aucun registre spécialisé.

Exemple 6

20. La question de savoir qui est le propriétaire de la propriété intellectuelle dans une succession de transferts relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En revanche, la question de savoir si un transfert doit être qualifié de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie est régie par le droit général des biens et des opérations garanties. Enfin, les droits et obligations découlant d'un accord de licence relèvent du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des contrats.

Exemple 7

21. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles spécialisées pour la réalisation d'une sûreté sur la propriété intellectuelle, celles-ci l'emportent sur les règles de réalisation prévues dans le *Guide*. En revanche, s'il n'existe pas de règle spécialisée sur la question et si la réalisation des sûretés sur la propriété intellectuelle est régie par les règles générales de procédure civile, c'est le régime prévu dans le *Guide* pour la réalisation des

sûretés réelles mobilières qui s'appliquerait. De même, en l'absence de règles spécifiques sur la réalisation extrajudiciaire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le régime prévu dans le *Guide* pour la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières s'appliquerait (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, chapitre IX sur la réalisation).

B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

22. Le *Guide* consacre d'une manière générale le principe de l'autonomie des parties. Il prévoit cependant un certain nombre d'exceptions (voir recommandations 10, 111 à 113). Ce principe s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne limite pas l'autonomie des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 1). Il est à noter que les recommandations 111 à 113 s'appliquent uniquement aux biens meubles corporels du fait qu'elles font référence à la possession des biens grevés et que, par définition, il est impossible de "posséder" des biens meubles incorporels.

23. Un exemple de l'application du principe de l'autonomie des parties dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle serait le suivant: si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdit pas, selon la loi sur les opérations garanties, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second pourra acquérir certaines prérogatives d'un propriétaire, d'un donneur de licence ou d'un preneur de licence et donc devenir un propriétaire, un preneur de licence ou un donneur de licence autorisé à traiter avec les autorités publiques (par exemple, à procéder à des inscriptions, ou à renouveler des inscriptions), de même qu'à poursuivre les auteurs d'atteintes, procéder à d'autres transferts ou consentir des licences. Cette convention pourrait prendre la forme d'une clause spéciale dans la convention constitutive de sûreté ou d'un accord séparé entre le constituant et le créancier garanti, car, selon le *Guide*, la simple obtention d'une sûreté ne confère pas à ce dernier la qualité de propriétaire, de donneur de licence ou de preneur de licence.

24. Un autre exemple de l'application du principe de l'autonomie des parties serait le suivant: si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdit pas, selon la loi sur les opérations garanties, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'en cas de manque à gagner et de dépréciation de la propriété intellectuelle grevée, sont inclus dans les biens initialement grevés. En l'absence d'une telle convention, ces dommages-intérêts pourront encore être considérés comme un produit aux termes du *Guide*, à condition que cela ne soit pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, alinéa b)). Toutefois, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes (par opposition au droit de recevoir paiement des dommages-intérêts en réparation de ces atteintes) est une autre question. En général, ce droit ne peut être utilisé comme garantie d'un crédit et ne constituerait pas un produit car il ne correspondrait pas à "tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés", figurant dans la définition du produit (voir Introduction du *Guide*, par. 20).

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	1-43
A. Les concepts de constitution et d'opposabilité	1-3
B. Concept fonctionnel, intégré et unitaire de sûreté réelle mobilière	4
C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	5-8
D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée	9
E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle	10-12
F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle	13-36
G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future	37-41
H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle	42-43

III. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 43, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 25 à 64, A/CN.9/670, par. 35 à 55, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 68 à 102, A/CN.9/667, par. 32 à 54, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 112 à 133, et A/CN.9/649, par. 16 à 28.]

A. Les concepts de constitution et d'opposabilité

1. Pour tous les types de biens grevés (y compris la propriété intellectuelle), le *Guide* établit une distinction entre la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers), prévoyant pour chacune des règles différentes. Concrètement, cela signifie que les conditions exigées pour la constitution d'une sûreté peuvent être limitées au minimum, et que toute condition supplémentaire est destinée à régir les droits des

tiers. Cette distinction vise surtout à remplir trois des principaux objectifs de la loi recommandée dans le *Guide*, à savoir constituer des sûretés de manière simple et efficace, renforcer la sécurité et la transparence, et établir des règles de priorité claires (voir recommandation 1, al. c), f) et g)).

2. Le *Guide* prévoit qu'une sûreté peut être constituée par une convention conclue entre le constituant et le créancier garanti (voir recommandation 13 et par. 5 à 8 ci-après). Afin qu'elle soit opposable, une formalité supplémentaire est nécessaire. Pour les biens meubles incorporels, il s'agit d'aviser les tiers de l'existence possible de la sûreté, ce qui établit un critère objectif pour déterminer la priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent (voir recommandation 29; pour le terme "réclamant concurrent", voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 19 et 20). Ainsi, si une sûreté a été constituée conformément aux conditions prévues dans le *Guide*, elle a effet entre le constituant et le créancier garanti même si les formalités supplémentaires nécessaires pour la rendre opposable n'ont pas été effectuées (voir recommandation 30). Le créancier garanti peut par conséquent réaliser sa sûreté conformément aux règles prévues au chapitre IX du *Guide*, sous réserve bien entendu des droits des réclamants concurrents, conformément aux règles de priorité prévues au chapitre V.

3. Cette distinction entre constitution et opposabilité s'applique également aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Ainsi, d'après le *Guide*, une sûreté sur la propriété intellectuelle peut avoir effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle établit cette distinction. Dans d'autres, il ne l'établit pas et exige les mêmes formalités pour la constitution d'une sûreté et pour son opposabilité. Dans ce cas, comme le prévoit l'alinéa b) de la recommandation 4, c'est ce droit et non le *Guide* qui s'applique. Les États qui adoptent les recommandations du *Guide* voudront peut-être envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin d'assurer une meilleure coordination entre ce dernier et la loi sur les opérations garanties. Ce faisant, ils devraient pouvoir déterminer: a) si l'absence, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de distinction entre la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur la propriété intellectuelle répond à des objectifs spécifiques de ce droit (plutôt que d'autres branches de droit, comme le droit des biens, des contrats ou des opérations garanties) et devrait être conservée; ou b) si la distinction devrait être introduite dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, afin de l'aligner sur l'approche correspondante de la loi recommandée dans le *Guide*.

B. Concept fonctionnel, intégré et unitaire de sûreté réelle mobilière

4. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle, en se référant à différents concepts – transfert pur et simple ou conditionnel de la propriété intellectuelle, hypothèque, nantissement, fiducie – ou à des termes similaires. Le *Guide* emploie le terme "sûreté réelle mobilière" pour désigner toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté. Il adopte ce que l'on appelle une "approche fonctionnelle, intégrée et unitaire" en matière d'opérations garanties (voir chapitre I du *Guide* sur le champ d'application, par. 110 à 112 et

recommandation 8). Bien que le *Guide* envisage, à titre d'exception, la possibilité pour les États d'adopter une approche non unitaire dans le contexte limité du financement d'acquisitions et de conserver des opérations appelées "réserve de propriété" ou "crédit-bail", cette exception ne vaut que pour les biens meubles corporels (voir chapitre IX du *Guide* sur le financement d'acquisitions) et ne s'appliquerait donc pas à la propriété intellectuelle (voir néanmoins A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 19, note à l'intention du Groupe de travail). Par conséquent, les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin: a) de remplacer tous les termes employés pour désigner le droit d'un créancier garanti par "sûreté réelle mobilière"; ou b) de prévoir que, indépendamment du terme employé, les droits remplissant les fonctions d'une sûreté recevront le même traitement, qui ne sera pas incompatible avec celui prévu dans le *Guide* pour les sûretés réelles mobilières.

C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

5. Le *Guide* exige, pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel, un document écrit qui, à lui seul ou en relation avec le comportement des parties, prouve que ces dernières sont convenues de constituer une sûreté réelle mobilière. Il exige aussi que le constituant ait des droits sur le bien devant être grevé ou ait le pouvoir de le grever, au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou après. La convention doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l'obligation garantie et les biens grevés de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables (voir recommandations 13 à 15). Comme il a déjà été indiqué, aucune formalité supplémentaire n'est exigée pour constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Les formalités supplémentaires (par exemple l'inscription d'un avis au registre général des sûretés) requises pour rendre la sûreté opposable ne sont pas nécessaires pour que la sûreté ait effet entre le constituant et le créancier garanti.

6. Toutefois, dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle soumet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle à différentes conditions. Ainsi, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant une sûreté grevant la propriété intellectuelle (par exemple un transfert à titre de garantie, une hypothèque ou un nantissement portant sur la propriété intellectuelle) au registre approprié de la propriété intellectuelle peut être exigée pour que la sûreté soit constituée. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut exiger en outre que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite précisément dans la convention constitutive de sûreté. De même, étant donné que certains registres de la propriété intellectuelle indexent les opérations enregistrées en fonction de la propriété intellectuelle concernée, et non du nom ou d'un autre élément identifiant le constituant, l'enregistrement d'un document se limitant à mentionner "l'ensemble de la propriété intellectuelle du constituant" ne suffirait pas aux fins de la constitution d'une sûreté. Il serait en fait nécessaire de désigner chaque droit de propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté ou dans tout autre

document devant être inscrit au registre de la propriété intellectuelle aux fins de la constitution de la sûreté.

7. L'identification précise du droit de propriété intellectuelle grevé est nécessaire en particulier pour le droit d'auteur. Cela tient au fait que, dans certains États, le droit d'auteur est conçu comme un ensemble de droits et, à moins que les parties n'aient l'intention de grever tous ces droits, elles doivent décrire les biens à grever de manière précise dans la convention constitutive de sûreté. Dans un tel cas, le droit relatif au droit d'auteur exige une description précise, pour qu'il n'y ait aucun doute quant aux biens qui sont grevés d'une sûreté. Dans cette approche, le titulaire des droits d'auteur peut utiliser des droits non grevés pour obtenir un crédit auprès d'un autre fournisseur de crédit. Il convient toutefois de noter que la divisibilité des droits de propriété intellectuelle permet toujours aux parties de scinder ceux-ci et de les grever séparément si elles le souhaitent. Ainsi, si elles souhaitent décrire les droits de propriété intellectuelle grevés de manière précise, elles sont toujours autorisées à le faire et le feront probablement dans la plupart des cas, mais cela ne devrait pas priver du droit de décrire les droits de propriété intellectuelle grevés de manière générale. Dans tous les cas, la règle énoncée à l'alinéa d) de la recommandation 14 est suffisamment souple pour tenir compte de toutes les différentes situations, puisqu'elle prévoit que les biens grevés doivent être décrits "de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables". Cette règle pourrait par conséquent varier en fonction de ce qui constitue une description suffisante aux yeux de la loi et de la pratique applicables.

8. En outre, dans tous ces cas, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4 b), la loi recommandée dans le *Guide* ne s'appliquerait que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Les États adoptant le *Guide* souhaiteront peut-être, bien entendu, envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et règles relatifs à la constitution de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers de ce droit et s'ils devraient être conservés ou être harmonisés avec les concepts et les règles prévus dans la loi recommandée par le *Guide*.

D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

9. Comme on l'a vu, le constituant doit avoir des droits sur le bien qu'il souhaite grever ou avoir le pouvoir de le grever, que ce soit au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou après (voir recommandation 13). Ce principe de la loi sur les opérations garanties s'applique également à la propriété intellectuelle. Un constituant peut grever l'intégralité de ses droits ou seulement des droits limités. Ainsi, un propriétaire de propriété intellectuelle, un donneur ou un preneur de licence peut grever l'intégralité de ses droits ou des droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités. De plus, le droit commun des biens ne permet au constituant de grever ses biens que s'ils sont transférables conformément à ses dispositions (le *Guide* est sans incidence sur ces limites; voir recommandation 18 et par. 42 et 43 ci-après). Ce principe s'applique aussi aux opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle. En conséquence, un propriétaire, un donneur ou un

preneur de licence ne peut grever ses droits que s'ils sont transférables conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle

10. Aux fins de la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti ne devient pas propriétaire, donneur ou preneur de licence (selon les droits du constituant) au seul motif qu'il a acquis une sûreté sur la propriété intellectuelle (cela peut toutefois être le cas aux termes du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, Introduction du Supplément, section C, termes "propriétaire" et "créancier garanti").

11. Toutefois, le fait que le créancier garanti exerce ses droits en cas de défaillance du constituant entraîne souvent le transfert des droits que ce dernier détient sur la propriété intellectuelle, si bien que l'identité du propriétaire, du donneur ou du preneur de licence (selon les droits du constituant), telle qu'elle est déterminée par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, pourrait changer. Ceci peut se produire lorsque la réalisation de la sûreté sur la propriété intellectuelle entraîne l'acquisition de la propriété intellectuelle grevée par le créancier garanti dans le cadre d'un acte de disposition (voir recommandations 141 et 148) ou l'acquisition de la propriété intellectuelle grevée par le créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandations 156 et 157).

12. En tout état de cause, la question de savoir qui est le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence en ce qui concerne la propriété intellectuelle et si les parties peuvent le déterminer elles-mêmes relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Selon ce dernier, un créancier garanti peut être traité en tant que propriétaire, donneur ou preneur de licence. Si le droit de la propriété intellectuelle l'autorise, le créancier garanti peut, par exemple, renouveler des inscriptions ou poursuivre les auteurs d'atteintes, ou convenir avec le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence qu'il deviendra lui-même propriétaire, donneur ou preneur de licence.

F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle

13. Selon le *Guide*, une sûreté réelle mobilière peut être constituée non seulement sur les droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle, mais aussi sur ceux d'un donneur ou d'un preneur de licence dans le cadre d'un accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, Introduction du Supplément, section C, terme "bien grevé" et A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 2 et 3). Elle peut aussi être constituée sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle (par exemple montres de créateur ou vêtements de marque). Comme il a été mentionné plus haut, il est nécessaire que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite dans la convention constitutive de sûreté de façon à être suffisamment identifiable (voir recommandation 14, al. d), et par. 5 à 8 ci-dessus).

14. Il convient de noter que le *Guide* ne prévaut pas sur les règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (ou d'un autre droit) qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité d'un bien de propriété intellectuelle (ou autre) (voir recommandation 18). La seule exception est celle des dispositions légales limitant la cessibilité des créances futures ou les cessions globales ou partielles de créances au seul motif qu'elles sont des créances futures ou des créances cédées globalement ou partiellement (voir recommandation 23). De même, le *Guide* n'a pas d'incidence sur les limitations contractuelles à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle. Dans certaines conditions toutefois, il a des incidences sur les limitations contractuelles à la cessibilité des créances (voir par. 22 à 28 ci-après et recommandation 24). Par conséquent, si, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une sûreté ne peut pas être constituée ou réalisée sur un droit de propriété intellectuelle, ou si ce dernier n'est pas transférable, la loi recommandée dans le *Guide* ne prévaut pas sur ces limitations.

1. Droits du propriétaire

15. Le *Guide* s'applique aux opérations garanties dans lesquelles un propriétaire greève ses droits, qui sont souvent pour l'essentiel le droit de jouir de sa propriété intellectuelle, le droit d'en empêcher l'utilisation non autorisée et de poursuivre les auteurs d'atteintes, le droit d'enregistrer la propriété intellectuelle, le droit d'autoriser autrui à utiliser ou exploiter la propriété intellectuelle et le droit de percevoir des redevances.

16. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle autorise la constitution et la réalisation d'une sûreté sur ces droits ou permet leur transfert, le propriétaire peut les grever en tout ou en partie d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide*, et c'est cette loi qui s'appliquera à la sûreté, sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 4. Dans un tel cas, tous ces droits constitueraient les biens initialement grevés (et les redevances constitueraient le produit des droits du propriétaire, à moins bien sûr qu'elles ne figurent dans la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté). Si ces droits ne peuvent pas être grevés ou transférés en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ils ne peuvent pas être grevés d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide* puisque, comme il a déjà été mentionné, celui-ci n'a pas d'incidence sur les dispositions légales qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité de biens, à l'exception des dispositions relatives à la cessibilité des créances futures et aux cessions globales de créances (voir la recommandation 18).

17. La question de savoir si le droit du propriétaire de conserver sa propriété intellectuelle et, par conséquent, de poursuivre par exemple les auteurs d'atteintes et d'obtenir le prononcé d'une injonction et réparation est un bien meuble qui peut être transféré séparément des autres droits du propriétaire relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En général, aux termes de ce droit, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes fait partie des droits du propriétaire et ne peut pas être transféré séparément de ses autres droits. Toutefois, les bénéfices découlant de l'exercice du droit de poursuivre les auteurs d'atteintes

(tels que les dommages-intérêts perçus en réparation de ces atteintes) peuvent constituer un bien meuble qui peut être transféré ou grevé séparément des droits du propriétaire.

18. Si, aux termes du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le droit du propriétaire de poursuivre les auteurs d'atteintes est un bien meuble transférable, la question de savoir si une sûreté peut être constituée sur ce droit relève du droit des opérations garanties, qui s'applique uniquement si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne traite pas la question différemment (voir recommandation 4, al. b)). Par conséquent, à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise, le propriétaire/constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le droit du propriétaire de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir le prononcé d'une injonction et réparation fait partie de la propriété intellectuelle initialement grevée.

19. Par exemple, si après la constitution d'une sûreté sur les droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle une atteinte a été commise, le propriétaire en a poursuivi les auteurs et que ces derniers lui aient versé des dommages-intérêts (pour une atteinte survenue avant ou après la constitution de la sûreté), le créancier garanti peut prétendre aux dommages-intérêts versés en tant que produit de la propriété intellectuelle initialement grevée. Si les dommages-intérêts n'ont pas été payés au moment de la constitution de la sûreté mais le sont ultérieurement après défaillance du propriétaire/constituant, le créancier garanti peut également prétendre aux dommages-intérêts versés en tant que produit de la propriété intellectuelle initialement grevée. En revanche, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir le prononcé d'une injonction et réparation ne constitue normalement pas le produit de la propriété intellectuelle initialement grevée, à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'autorise et que certaines conditions soient réunies (voir Introduction du *Guide*, section B, "produit"). Toutefois, si le propriétaire/constituant a intenté une action contre l'auteur d'une atteinte et que l'action est toujours pendante au moment de la constitution de la sûreté, une personne qui a acquis la propriété intellectuelle grevée lors d'une vente dans le contexte de la réalisation d'une sûreté devrait pouvoir poursuivre l'action et obtenir toute réparation qui serait octroyée (là encore, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'autorise).

20. Des considérations similaires valent pour ce qui est de savoir si le droit de traiter avec les autorités à différentes étapes du processus d'inscription (par exemple, le droit de déposer une demande ou d'enregistrer la propriété intellectuelle, ou le droit de renouveler un enregistrement) ou le droit d'octroyer des licences peut être grevé ou transféré et donc faire partie de la propriété intellectuelle grevée. La question de savoir si le droit de traiter avec les autorités ou d'octroyer des licences peut être grevé ou s'il est une prérogative inaliénable du propriétaire relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. La description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté détermine quant à elle si ce droit fait partie des droits grevés du propriétaire (s'agissant de la question de savoir si le créancier garanti peut conserver les biens grevés en poursuivant les auteurs d'atteintes ou en traitant avec les autorités avant la défaillance du propriétaire/constituant, voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 2 à 5).

2. Droits du donneur de licence

21. Le *Guide* permet la constitution d'une sûreté sur les droits d'un donneur de licence découlant d'un accord de licence. Si le donneur de licence est un propriétaire, il peut constituer une sûreté sur (la totalité ou une partie de) ses droits comme mentionné plus haut (voir par. 15 à 20 ci-dessus). S'il n'est pas un propriétaire, mais un preneur de licence qui octroie une sous-licence, il peut généralement constituer une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de l'accord de sous-licence. Si le constituant qui crée une sûreté réelle mobilière sur les redevances découlant d'une sous-licence est un donneur de licence et non le propriétaire de la propriété intellectuelle, les redevances sont les biens initialement grevés, alors que, si le constituant qui crée une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle même est le propriétaire de la propriété intellectuelle, les redevances découlant de la sous-licence sont le produit de la propriété intellectuelle initialement grevée, à moins qu'elles ne figurent dans la description des biens initialement grevés dans la convention constitutive de sûreté (pour les droits du preneur de licence, voir par. 30 et 31 ci-après). Un tel donneur de licence peut aussi constituer une sûreté sur d'autres droits contractuels de valeur qui pourraient découler de l'accord de licence et du droit applicable. Il pourrait s'agir par exemple du droit d'obliger le preneur à faire de la publicité pour la propriété intellectuelle mise sous licence ou le produit pour lequel la propriété intellectuelle est utilisée, ou du droit d'obliger le preneur à commercialiser la propriété intellectuelle mise sous licence uniquement d'une certaine manière, ainsi que du droit de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur.

22. Le *Guide*, suivant en cela l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques et dans la Convention des Nations Unies sur la cession, considère le droit de recevoir paiement de redevances découlant de la mise sous licence de la propriété intellectuelle comme des créances. C'est pourquoi la discussion et les recommandations générales sur les sûretés, telles que modifiées par la discussion et les recommandations spéciales sur les créances, s'appliquent au droit de recevoir paiement des redevances. Il s'ensuit que, dans le *Guide*, les interdictions légales dont font l'objet la cession de créances futures, les cessions globales de créances ou les cessions partielles, au seul motif qu'elles sont des créances futures ou des créances cédées globalement ou partiellement, sont sans effet (voir recommandation 23). D'autres interdictions ou limitations légales restent cependant applicables (voir recommandation 18). En outre, un preneur de licence pourrait opposer au cessionnaire des redevances toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120).

23. Dans ce contexte, il est important de noter que les interdictions légales privées d'effet s'appliquent aux créances futures uniquement en tant que telles, ou aux cessions globales ou partielles de créances. Les interdictions légales fondées sur la nature des créances, comme les salaires ou les redevances dont le droit prévoit qu'ils puissent être directement versés aux seuls auteurs ou sociétés de gestion collective, ne sont pas concernées. De nombreux pays disposent d'une législation "de protection des auteurs" ou législation similaire qui considère une partie des revenus tirés de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle comme une "rémunération équitable" devant être versée aux auteurs, à d'autres ayants droit ou à

leurs sociétés de gestion collective. En règle générale, ces législations qualifient expressément ces droits à paiement de non cessibles. Les recommandations du *Guide* concernant les limites à la cession de créances ne s'appliquent pas à ces limites ni à d'autres limites légales.

24. En outre, il importe de noter que le traitement dont le droit au paiement de redevances en tant que créances fait l'objet dans la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide* est sans effet sur le traitement différent dont il bénéficie dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

25. Enfin, il est tout aussi important de noter que le traitement du droit de recevoir paiement des redevances de la même manière que toute autre créance est sans effet sur les conditions de l'accord de licence relatives au paiement des redevances, telles que l'échelonnement des versements ou le paiement de pourcentages en fonction des conditions du marché ou du chiffre d'affaires.

26. Selon le *Guide*, si un accord de licence (ou de sous-licence), donnant lieu à paiement de redevances, contient une clause qui limite la possibilité pour le donneur de la licence (ou de la sous-licence) de céder le droit au paiement de redevances à un tiers ("cessionnaire"), la cession du droit au paiement de redevances par le donneur de la licence (ou de la sous-licence) produit néanmoins effet et le preneur de la licence (ou de la sous-licence) ne peut mettre fin à l'accord de licence (ou de sous-licence) du seul fait de la cession des redevances (voir recommandation 24). Le *Guide* prévoit cependant que, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties recommandée, la cession n'a pas d'incidences sur les droits du preneur de la licence (en tant que débiteur des créances cédées) (voir recommandation 117 a)). En particulier, le preneur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120 a)). Le *Guide* n'a pas d'incidences non plus sur la responsabilité qu'un autre droit peut imputer au donneur de la licence (ou de la sous-licence) pour violation de la convention d'incessibilité (voir recommandation 24).

27. Il importe de noter que la recommandation 24 s'applique uniquement aux créances et non aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne s'applique donc pas à un accord conclu entre le donneur et le preneur de la licence interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences. Il importe également de noter que cette recommandation s'applique uniquement à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant la cession de la créance. Elle ne s'applique pas à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant à ce dernier de céder les créances qu'il pourrait avoir sur des tiers. Aussi la recommandation 24 ne s'applique-t-elle pas à un accord entre le donneur et le preneur de la licence aux termes duquel ce dernier ne cédera pas son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de sous-licences octroyées à des tiers. Un tel accord peut être conclu par exemple lorsque le donneur et le preneur de la licence conviennent que le second utilisera les redevances dues au titre des sous-licences pour continuer à développer la propriété intellectuelle mise sous licence. La recommandation 24 n'a par conséquent aucune incidence sur le droit du donneur de la licence de négocier l'accord de licence avec le preneur afin de déterminer, par convention, qui pourra utiliser la propriété intellectuelle ou les redevances versées par le preneur de

la licence et les preneurs des sous-licences. Toutefois, le donneur de licence, s'il est en droit de demander le paiement de redevances, ne pourra peut-être pas déterminer par convention l'utilisation des redevances versées lorsque le preneur, en sa qualité de donneur de sous-licences, constitue une sûreté sur son droit au paiement de redevances au titre des sous-licences (à moins, bien sûr, que le donneur n'interdise les sous-licences).

28. La recommandation 24 ne s'applique pas non plus à une convention entre le donneur et le preneur de la licence autorisant le premier à mettre fin à l'accord de licence si le preneur viole son engagement de ne pas céder le droit au paiement des redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences. À cet égard, il conviendrait de noter que le droit conféré au donneur de la licence de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur à son engagement incite fortement les preneurs des sous-licences à faire en sorte que le donneur reçoive le paiement. La recommandation ne porte pas atteinte au droit du donneur de la licence: a) de convenir avec le preneur qu'une partie des redevances dues à ce dernier (servant au paiement des redevances dues au donneur) par les preneurs des sous-licences seront versées sur un compte au nom du donneur; ou b) d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur les redevances futures que les preneurs des sous-licences verseront au preneur de la licence, d'inscrire un avis la concernant au registre général des sûretés (ou au registre approprié de la propriété intellectuelle) et d'obtenir ainsi la priorité sur les autres créanciers du preneur de la licence (sous réserve des recommandations du *Guide* sur l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières; voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 15 à 19).

29. Selon le *Guide*, un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance bénéficie d'une sûreté sur la propriété intellectuelle qui garantit le paiement de la créance (voir recommandation 25). Cela ne signifie toutefois pas que les limitations légales à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle soient écartées (voir recommandation 18). Cela ne signifie pas non plus que les limitations contractuelles à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle soient affectées, étant donné que la recommandation 24 s'applique à la cession de créances et non aux transferts de droits de propriété intellectuelle.

3. Droits du preneur de licence

30. Un preneur de licence peut avoir le droit d'octroyer des sous-licences et de recevoir, en tant que donneur de sous-licence, le paiement des redevances découlant d'un accord de sous-licence, à moins que l'accord de licence ou le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'en disposent autrement. La discussion ci-dessus relative aux droits d'un donneur de licence s'appliquerait également aux droits d'un preneur de licence en tant que donneur de sous-licence (voir par. 21 à 29 ci-dessus).

31. Généralement, le preneur de licence est autorisé à utiliser ou exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux clauses de l'accord de licence. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'autorise pas le preneur de licence à constituer une sûreté réelle mobilière sur son autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence sans l'accord du donneur de la licence (bien que, dans de nombreux États, cette règle puisse admettre une exception lorsque le preneur de la licence vend son entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de

l'activité). En effet, il importe que le donneur de la licence garde le contrôle de la propriété intellectuelle mise sous licence et détermine qui pourra l'utiliser. Si ce contrôle ne peut être exercé, la valeur de la propriété intellectuelle mise sous licence risque de diminuer fortement ou de disparaître entièrement. Si, toutefois, les droits du preneur de licence découlant d'un accord de licence sont transférables et que le preneur les grève, le créancier garanti prendra ces droits sous réserve des conditions de l'accord de licence. Si la licence est transférable et que le preneur la transfère, le bénéficiaire du transfert prendra la licence sous réserve des conditions de l'accord de licence. Le *Guide* n'a aucune incidence sur ces pratiques en matière de concession de licences.

4. Droits sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle

32. La propriété intellectuelle peut être utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Par exemple, un bien meuble corporel peut être fabriqué selon un procédé breveté ou grâce à l'exercice de droits protégés par un brevet; des jeans peuvent porter une marque ou des voitures peuvent contenir une puce qui renferme une copie d'un logiciel protégé par le droit d'auteur; ou encore un CD peut contenir un logiciel, ou une pompe à chaleur contenir un produit breveté.

33. Lorsque la propriété intellectuelle est utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, on se trouve face à deux catégories de biens: d'une part, la propriété intellectuelle et, de l'autre, le bien meuble corporel. Il s'agit de deux biens distincts. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle autorise le propriétaire de la propriété intellectuelle à contrôler de nombreuses utilisations dont le bien meuble corporel fait l'objet mais pas toutes. Par exemple, le droit relatif au droit d'auteur permet à un auteur d'empêcher toute reproduction non autorisée d'un livre mais généralement pas d'empêcher une librairie agréée ayant acheté le livre lors d'une vente autorisée de le revendre ou un acheteur final de prendre des notes dans la marge lors de la lecture. Ainsi, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel auquel se rattache cette propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien.

34. Toutefois, les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent toujours convenir de constituer une sûreté à la fois sur un bien meuble corporel et sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien. Ainsi, une sûreté peut être constituée sur des stocks de jeans de marque et sur la marque, ce qui donne au créancier garanti le droit, en cas de défaillance du constituant, de vendre à la fois les jeans de marque grevés et le droit de produire d'autres jeans portant la marque grevée. Dans un tel cas, si le fabricant/constituant est le propriétaire de la marque, les biens grevés sont les droits du propriétaire. Si le fabricant/constituant est le preneur de licence, les biens grevés sont constitués par les droits du preneur qui découlent d'un accord de licence valable.

35. L'assiette exacte de la sûreté réelle mobilière dépend de la description du bien grevé dans la convention constitutive. On peut se demander à cet égard si la description des biens meubles corporels grevés devrait être précise (par exemple "l'ensemble de mes stocks ainsi que tous les droits de propriété intellectuelle et autres droits qui s'y rattachent") ou si une description générale ("l'ensemble de mes stocks") suffirait. Comme il a déjà été noté (voir par. 5 à 8 ci-dessus), le *Guide*

prévoit qu'une description qui permet une identification suffisante des biens grevés est suffisante (voir alinéa d) de la recommandation 14). Il semblerait par conséquent qu'une description générale du bien meuble corporel grevé soit conforme aux principes du *Guide* et aux attentes raisonnables des parties, sachant qu'il s'agit de biens séparés. En outre, les principes fondamentaux que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pose à propos de la description précise de la propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté sont pris en compte.

36. Comme il a déjà été indiqué, une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien mais porte sur le bien lui-même, y compris les caractéristiques du bien qui utilisent la propriété intellectuelle (par exemple, la sûreté s'applique à un téléviseur en tant que téléviseur en état de fonctionnement). La sûreté sur ce bien ne donne donc pas au créancier garanti le droit de fabriquer d'autres biens utilisant la propriété intellectuelle. En cas de défaillance, cependant, le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels pourrait exercer les voies de droit qui sont reconnues par la loi sur les opérations garanties, à condition que cet exercice ne porte pas atteinte aux prérogatives reconnues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il se peut que, dans le droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la "doctrine d'épuisement" (ou des concepts similaires) s'applique à la réalisation de la sûreté réelle mobilière (pour un examen des questions de réalisation, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 24 à 27).

Recommandation 243¹

La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, sauf clause contraire dans la convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel en rapport avec lequel elle est utilisée, et une sûreté réelle mobilière grevant ce type de biens ne s'étend pas à la propriété intellectuelle. Rien dans la présente recommandation ne restreint toutefois les voies de droit qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur cette propriété intellectuelle peut exercer à l'égard du bien meuble corporel dans les limites autorisées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. De même, rien dans la présente recommandation ne restreint les moyens de réalisation qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur le bien meuble corporel peut exercer à l'égard de ce bien dans les limites autorisées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

G. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle future

37. Le *Guide* prévoit qu'une personne peut octroyer une sûreté réelle mobilière sur un bien futur, à savoir un bien que le constituant crée ou acquiert après la constitution de la sûreté (voir recommandation 17). Comme toutes les

¹ Si cette recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, où elle constituerait la recommandation 28 bis.

recommandations du *Guide*, celle-ci s'applique à la propriété intellectuelle, sauf dans la mesure où elle est incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir alinéa b) de la recommandation 4). De ce fait, selon le *Guide*, une sûreté peut être constituée sur la propriété intellectuelle future (en ce qui concerne les limitations légales, voir recommandation 18 et par. 42 et 43 ci-dessous). En effet, il est utile du point de vue commercial de permettre qu'une sûreté réelle mobilière porte sur la propriété intellectuelle future.

38. De nombreux droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle suivent la même approche: ils autorisent les propriétaires à obtenir un financement utile à l'élaboration de créations nouvelles, à condition que leur valeur puisse être raisonnablement estimée à l'avance. Par exemple, il est généralement possible de constituer une sûreté réelle mobilière sur un film ou un logiciel protégé par le droit d'auteur (la sûreté est constituée lors de la création de l'œuvre protégée par le droit d'auteur). Dans certains États, il est possible de constituer une sûreté réelle mobilière sur une demande de brevet avant l'octroi du brevet.

39. Toutefois, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut parfois limiter la possibilité de transférer différents types de propriété intellectuelle future à des fins spécifiques. Par exemple, dans certains cas, le transfert de droits sur de nouveaux médias ou de nouvelles utilisations technologiques inconnus au moment du transfert sera sans effet compte tenu de la nécessité de protéger les auteurs. Dans d'autres, le transfert de droits futurs peut être soumis à un droit légal d'annulation après une certaine période. Dans d'autres encore, la notion de "propriété intellectuelle future" peut englober des droits enregistrables créés mais non encore enregistrés. Les interdictions légales peuvent également prendre la forme d'une obligation de décrire précisément la propriété intellectuelle. Enfin, comme pour des biens autres que la propriété intellectuelle, elles peuvent découler du principe *nemo dat*, conformément auquel un créancier prenant une sûreté réelle mobilière n'obtient pas des droits supérieurs à ceux du constituant. À cet égard, il convient de noter que, si le constituant était un preneur de licence, il ne pourrait donner que le droit que lui concède le donneur de licence (en d'autres termes, ces droits seraient soumis aux conditions de l'accord de licence).

40. D'autres limites à l'utilisation de la propriété intellectuelle future en tant que bien affecté en garantie d'un crédit peuvent découler de la signification qui est donnée aux concepts de "perfectionnement" ou d'"adaptation" par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devrait comprendre comment ces concepts sont interprétés dans ce droit et comment ils peuvent affecter le concept de "propriété", qui est essentiel dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des logiciels protégés par un droit d'auteur, par exemple. Dans certains États, une sûreté grevant une version d'un logiciel qui existe au moment du financement peut s'étendre aux modifications apportées à cette version par la suite. Toutefois, il peut en aller autrement dans d'autres États dans lesquels, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les modifications apportées à cette version sont considérées comme des nouveautés (adaptations) pour lesquelles un nouveau transfert est requis. Dans tous les cas, le *Guide* ne prévaut pas sur ces dispositions légales (voir recommandation 18).

41. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle limite la possibilité de transférer la propriété intellectuelle future, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas à la question dans la mesure où elle est incompatible avec ce droit (voir alinéa b) de la recommandation 4). Autrement, le *Guide* s'applique et permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir recommandation 17). Les États adoptant le *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les avantages découlant de telles limitations (par exemple la protection du propriétaire contre des engagements excessifs) l'emportent sur les avantages découlant de l'affectation de tels biens en garantie d'un crédit (par exemple le financement d'activités de recherche et développement).

H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité de la propriété intellectuelle

42. Certaines règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peuvent limiter la possibilité d'un propriétaire de propriété intellectuelle, d'un donneur ou d'un preneur de licence, de constituer une sûreté réelle mobilière efficace sur certains types de propriété intellectuelle. Dans de nombreux États, seuls peuvent être transférés les droits patrimoniaux de l'auteur; les droits moraux ne sont pas susceptibles de transfert. La législation de nombreux États prévoit aussi que le droit de l'auteur à une rémunération équitable n'est pas transférable. De nombreux États encore prévoient que les marques ne sont pas transférables si ce n'est avec le fonds commercial auxquelles elles se rattachent. Le *Guide* respecte toutes ces limites à la transférabilité de la propriété intellectuelle (voir recommandation 18).

43. Les seules limites à la transférabilité de certains biens sur lesquelles le *Guide* pourrait avoir une incidence sont les limites légales à la transférabilité des créances futures et à la cession globale de créances, de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, ainsi que les limites contractuelles à la cession de créances nées de la vente ou de la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle (voir art. 8 et 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandations 23 à 25). Le *Guide* peut également avoir une incidence sur les limites contractuelles, mais uniquement lorsqu'il s'agit de créances (et non de propriété intellectuelle) et seulement dans un certain contexte, à savoir dans le cadre d'une convention conclue entre le créancier et le débiteur de la créance (voir par. 37 à 41 ci-dessus).

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-9
A. Le concept d'opposabilité	1-3
B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle	4-7
C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle	8-9
V. Le système de registre	10-42
A. Le registre général des sûretés	10-11
B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle	12-14
C. Coordination des registres	15-20
D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future	21-23
E. Double inscription ou double recherche	24-27
F. Moment où l'inscription prend effet	28-30
G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription	31-36
H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques	37-42

IV. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 9, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 1 à 9, A/CN.9/670, par. 56 à 61, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 1 à 14, A/CN.9/667, par. 55 à 63, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 137 à 145 et A/CN.9/649, par. 29 à 31.]

A. Le concept d'opposabilité

1. Comme il a déjà été noté, le *Guide* distingue la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) de son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 4, cette distinction s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 1 à 3).

2. Dans certains États, la constitution et l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle ne sont pas régies par des règles spécifiques, mais par les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux sûretés grevant d'autres types de biens meubles incorporels. Dans d'autres, cependant, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut prévoir des méthodes de création et d'opposabilité particulières pour les sûretés grevant certains types de propriété intellectuelle. Les règles diffèrent souvent pour les droits sur la propriété intellectuelle qui sont soumis à un système d'inscription dans un registre spécialisé (comme les brevets, les marques et, dans certains États, les droits d'auteur), et les droits sur la propriété intellectuelle qui ne sont pas soumis à une telle inscription (comme les secrets commerciaux, les dessins et modèles industriels et, dans certains États, les droits d'auteur). Ces questions sont traitées dans les sections B et C ci-dessous.

3. Dans le *Guide*, le concept d'"opposabilité" désigne le fait, pour une sûreté réelle mobilière grevant un bien en tant que droit réel, de produire des effets à l'égard de tiers, en d'autres termes à l'égard de parties autres que le constituant et le créancier garanti qui ont à ce moment ou pourraient acquérir par la suite une sûreté ou un autre droit sur ce bien grevé. Ces tiers ("réclamants concurrents") peuvent être des créanciers du constituant, le représentant de l'insolvabilité du constituant, mais aussi des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des preneurs de licence du bien grevé. Par contre, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le terme "opposabilité" désigne souvent l'efficacité du droit de propriété ou d'autres droits similaires sur la propriété intellectuelle elle-même et non l'efficacité d'une sûreté. Ces deux sortes de références ne devraient pas être confondues. Alors que l'efficacité d'une sûreté sur la propriété intellectuelle à l'égard des réclamants concurrents relève de la loi sur les opérations garanties, l'efficacité des droits de propriété ou des droits d'un donneur ou d'un preneur de licence à l'égard du bénéficiaire du transfert de ces droits relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter, à cet égard, qu'aux fins de la loi sur les opérations garanties, les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle ne sont pas des réclamants concurrents. Le *Guide* ne s'applique donc pas à un "conflit" entre un créancier garanti et un auteur d'atteintes supposé et si, par exemple, ce dernier fait valoir à l'encontre d'un créancier garanti que l'auteur d'atteintes est un bénéficiaire de transferts ou un preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée, la question sera tranchée conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui sont inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle

4. Selon le *Guide*, les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels peuvent être rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, ou par inscription d'un document ou avis dans un registre spécialisé. Le *Guide* part du principe que lorsqu'un État tient un registre spécialisé, il autorisera l'inscription d'un avis de sûreté comme mode d'opposabilité (voir recommandations 34, al. a) iii) et 38, al. a)) (voir aussi par. 12 à 14 ci-après).

[Note à l'intention du Groupe de travail: À sa quinzième session, le Groupe de travail a indiqué ce qui suit: "S'agissant du paragraphe 4, il a été proposé de le modifier pour préciser que seuls les registres conférant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières étaient considérés comme des registres spécialisés aux termes du Guide. Le principe sous-tendant cette proposition a été appuyé. Toutefois, il a été largement estimé qu'il ne devait pas être formulé dans des termes techniques propres à l'opposabilité, mais plutôt traduire des notions plus vastes d'accès du public aux informations enregistrées pour ne pas nuire, par exemple, à des registres spécialisés relatifs aux navires, aux aéronefs ou à la propriété intellectuelle, qui conféraient l'opposabilité en général, et pour que des registres destinés uniquement à des fins administratives ne soient pas considérés comme des registres spécialisés aux termes du Guide." (voir A/CN.9/670, par. 57)

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les travaux préparatoires sur le Guide (rapports du Groupe de travail et de la Commission, et divers projets du Guide) et le Guide (commentaire et recommandations, en particulier la recommandation 38) ne définissent pas de registre spécialisé de la propriété. Ils n'exigent pas non plus que la conséquence juridique de l'inscription sur un registre spécialisé de la propriété, en vertu de la loi relative à l'inscription sur des registres spécialisés, soit l'opposabilité de la sûreté réelle mobilière. Enfin, ils ne traitent pas non plus de la question de savoir si un document ou un avis doit être inscrit. Le Guide ne le fait pas, car les approches adoptées sur toutes ces questions varient considérablement d'un État à l'autre et, dans tous les cas, relèvent toutes de la loi relative à l'inscription sur des registres spécialisés. La seule mention que le Guide contient à cet égard est la suivante: "En conséquence, le Guide part du principe que lorsqu'un État tient un registre spécialisé, il autorisera l'inscription d'un avis de sûreté comme mode d'opposabilité (voir recommandations 34, al. a) iii) et 38, al. a))." (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, fin du par. 70)

Cette phrase a été ajoutée au paragraphe 4 ci-dessus. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il n'a pas besoin de précisions ou d'explications quant à la question de savoir si les effets à l'égard des tiers doivent être prévus dans la loi relative à l'inscription sur des registres spécialisés ou dans celle recommandée dans le Guide, qui s'appliquerait à moins que la loi relative à l'inscription sur des registres spécialisés n'en dispose autrement. Le Groupe de travail estimera peut-être, par conséquent, que le Supplément n'est pas l'endroit indiqué pour expliquer ou interpréter le Guide, à moins qu'une question propre à la propriété intellectuelle ne se pose ou qu'une approche différente doive être suivie en relation avec la propriété intellectuelle. Dans tous les cas, le paragraphe 69 du commentaire

sur le chapitre V précise que les registres immobiliers et les registres relatifs aux navires et aux aéronefs, qui ne font souvent pas la distinction entre l'efficacité et l'opposabilité, constituent des registres spécialisés aux termes de la loi relative à l'inscription sur des registres spécialisés et, partant, aux termes du Guide.]

5. L'inscription dans un registre spécialisé de la propriété intellectuelle varie d'un État à l'autre à plusieurs égards, notamment: a) la question de savoir si les transferts, les licences ou, également, les sûretés peuvent être inscrits; b) la question de savoir si les droits sur les brevets, les marques, le droit d'auteur ou d'autres types de propriété intellectuelle peuvent être inscrits; c) la question de savoir si un document, résumé ou avis doit être inscrit; et d) quelles sont les conséquences juridiques de l'inscription. Dans certains cas, les réponses à toutes ces questions ne sont pas faciles à obtenir, même au sein d'un même système juridique.

6. Ainsi, dans certains États, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une sûreté n'est pas constituée ni ne devient opposable tant qu'un document ou un avis relatif à cette sûreté n'est pas inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans d'autres, ce droit prévoit qu'une sûreté est constituée et, simultanément, devient opposable dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, même sans inscription. En pareil cas, l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié permet à certains tiers (généralement des bénéficiaires de transferts qui ne savent pas que le bien est grevé; "bénéficiaires de transferts de bonne foi") d'invoquer une règle de priorité selon laquelle une sûreté inscrite prime une sûreté antérieure non inscrite, cette dernière demeurant toutefois opposable aux autres tiers. Dans d'autres États encore, une sûreté est constituée lorsque la convention constitutive est conclue entre les parties, mais l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié est nécessaire pour que la sûreté produise effet à l'égard de tiers, par exemple en raison d'une règle de preuve interdisant que la preuve des sûretés non inscrites soit rapportée. Dans d'autres États toujours, le système d'inscription ne permet pas facilement l'inscription des documents ou avis relatifs à des sûretés, et la constitution et l'opposabilité des sûretés doivent être assurées en dehors du système d'enregistrement de la propriété intellectuelle. Enfin, dans certains États qui font la distinction entre l'efficacité et l'opposabilité, il est possible d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en utilisant soit le registre de la propriété intellectuelle, soit un registre général des sûretés existant. Si l'une de ces méthodes reconnues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle est destinée à être la méthode d'opposabilité exclusive des sûretés, elle prime, conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, toute autre méthode prévue dans la loi recommandée dans le *Guide*.

7. Le *Guide* recommande un registre général des sûretés et, lorsqu'il existe des registres spécialisés qui permettent d'inscrire un avis relatif à une sûreté pour la rendre opposable, évite de leur nuire en acceptant l'inscription dans ces registres comme mode d'opposabilité et en attribuant la priorité à une inscription de ce type (voir recommandations 38, 77 et 78). Cette question sortant du cadre de la loi sur les opérations garanties et exigeant dans tous les cas des efforts et des dépenses supplémentaires de la part des États, le *Guide* ne recommande pas aux États qui ne possèdent pas actuellement de registre spécialisé pour certains types de propriété intellectuelle d'en créer un pour permettre l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Pour la même raison, il ne recommande pas non

plus aux États qui n'autorisent pas à ce jour l'inscription d'un avis relatif à une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle de modifier leurs lois pour autoriser ces inscriptions. Enfin, pour éviter les efforts et les dépenses inutiles, il ne recommande pas une règle qui exige l'inscription d'un avis relatif à une sûreté à la fois dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Toutefois, si des États qui adoptent les recommandations du *Guide* ont des registres spécialisés de la propriété intellectuelle qu'ils souhaitent utiliser pour inscrire les sûretés sur la propriété intellectuelle en utilisant les possibilités énumérées dans la recommandation 38 du *Guide*, ils souhaiteront peut-être revoir leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et envisager de permettre l'inscription d'avis relatifs à des sûretés produisant des effets à l'égard de tiers dans les registres de la propriété intellectuelle existants. Les États qui n'ont pas de registres spécialisés de la propriété intellectuelle ou ne souhaitent pas les utiliser pour inscrire les sûretés sur la propriété intellectuelle peuvent toujours utiliser le registre général des sûretés pour inscrire les avis relatifs à des sûretés sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle.

C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui ne sont pas inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle

8. Comme il a déjà été mentionné, dans le *Guide*, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 32). Cette possibilité existe même si les droits de propriété intellectuelle grevés ne peuvent pas être inscrits dans un registre de la propriété intellectuelle (c'est notamment le cas des droits d'auteur, des dessins et modèles industriels ou des secrets commerciaux). La même règle s'appliquerait si un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, mais ne l'est pas. Dans ce cas, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés est suffisante et a pour conséquence juridique de rendre la sûreté opposable (voir recommandations 29, 32, 33 et 38). Par contre, dans le cas particulier où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle pourra être rendue opposable uniquement par inscription dans un registre de la propriété intellectuelle, une sûreté ne peut pas être rendue opposable par inscription dans le registre général des sûretés (voir al. b) de la recommandation 4).

9. Comme mentionné plus haut, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle apporte différentes réponses à la question de l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Dans certains États, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties est fondée sur les concepts de gage sans dépossession, soit aucun droit ne peut être inscrit sur certains types de propriété intellectuelle, soit seuls les transferts purs et simples de propriété intellectuelle peuvent être inscrits. En d'autres termes, une sûreté sur une propriété intellectuelle de ce type ne peut pas être rendue opposable par inscription dans un registre de la propriété intellectuelle. Dans d'autres, souvent ceux dont la loi sur les opérations garanties utilise les concepts d'hypothèque, une sûreté est traitée comme

un autre type de transfert (pur et simple ou conditionnel) et est, par conséquent, constituée et rendue opposable de la même manière que tout autre transfert. Dans ces États, par conséquent, un document ou un avis relatif à des sûretés fondées sur la propriété doit souvent être inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié pour que les sûretés soient constituées et rendues opposables, mais les sûretés qui ne sont pas fondées sur la propriété ne peuvent être inscrites. Dans certains de ces États, une telle inscription produit des effets à l'égard des tiers. Enfin, quelques États posent des conditions supplémentaires, au nombre desquelles on trouve habituellement le paiement d'un droit de timbre ou autre taxe sur les opérations, ou une obligation de notification à un organe administratif, comme une association nationale des auteurs ou une société de gestion collective. Si les États qui adoptent les recommandations du *Guide* harmonisent leurs lois sur les opérations garanties avec leurs lois contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle en remplaçant tous les mécanismes de garantie existants par une notion intégrée de sûreté, ou tout au moins en soumettant les sûretés fondées sur la propriété aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 4), il sera possible, dans les États qui autorisent l'inscription de transferts de propriété intellectuelle, d'inscrire une sûreté sur la propriété intellectuelle.

V. Le système de registre

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 10 à 42, voir les documents A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 10 à 42, A/CN.9/670, par. 62 à 72, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 15 à 31, A/CN.9/667, par. 64 à 85, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 149 à 161, et A/CN.9/649, par. 32 à 40.*]

A. Le registre général des sûretés

10. Comme il a déjà été noté, le *Guide* recommande aux États d'établir un registre général des sûretés (voir recommandations 54 à 75). D'une manière générale, le système de registre qu'il prévoit a pour objet de fournir: a) une méthode efficace par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable; b) un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription; et c) une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés (voir la section sur les objectifs du chapitre IV du *Guide* relatif au système de registre). Avec cette approche, l'inscription est celle d'un avis relatif à la sûreté et non celle de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir recommandation 54, al. b)). Il suffit que l'avis contienne certaines informations de base à propos de la sûreté, à savoir: a) l'élément identifiant le constituant et le créancier garanti ou son représentant; b) une description du bien grevé; c) la durée de l'inscription; et d) une déclaration du montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée, si un État adoptant les recommandations du *Guide* le prévoit ainsi (voir recommandation 57).

11. Le *Guide* énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre

élément fiable permettant d'identifier celui-ci (voir recommandation 54, al. h)), et les recommandations 58 à 63). Il contient d'autres recommandations visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre. Par exemple, il prévoit que, dans toute la mesure du possible, le registre devrait être électronique et permettre une inscription et une recherche par voie électronique (voir recommandation 54, al. j)). Il prévoit également que les frais d'inscription et de recherche éventuels ne devraient pas être plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts (voir recommandation 54, al. i)).

B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

12. Comme indiqué plus haut, de nombreux États tiennent des registres pour inscrire (ou enregistrer) des opérations (comme des transferts) relatives à la propriété intellectuelle. Dans certains d'entre eux, il est aussi possible de déposer initialement et d'inscrire des sûretés (il est ainsi possible de faire une demande d'inscription). Par exemple, la plupart des États possèdent des registres pour les brevets et les marques, mais tous ne permettent pas l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté. En outre, dans certains États, l'inscription d'un avis (que ce soit pour une sûreté ou un autre droit) ne produit pas d'effets à l'égard des tiers. De plus, un certain nombre d'États possèdent des registres similaires pour le droit d'auteur mais cette pratique n'est pas universelle.

13. Alors que certains États possèdent des registres de la propriété intellectuelle permettant l'inscription d'avis, ils sont plus nombreux à utiliser des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents", dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole décrivant les principales conditions du transfert. Une approche plus moderne est de simplifier le processus en inscrivant une quantité limitée d'informations (comme les noms des parties et une description générale des biens grevés). Par exemple, les conditions d'enregistrement pour les marques sont simplifiées par le Traité sur le droit des marques (1994), le Traité de Singapour sur le droit des marques, l'Arrangement de Madrid (1891), le Protocole de Madrid (1989), et par les formulaires d'inscription internationaux types annexés aux deux traités. Le Traité sur le droit des brevets (Genève, 2000) et le Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil en date du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire simplifient également les conditions d'enregistrement. L'inscription du document de l'opération ou d'un protocole énonçant les principales conditions de cette dernière est exigée dans un souci de transparence. Il est donc essentiel que l'instrument ou le protocole de transfert indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans les registres de la propriété intellectuelle, les inscriptions sont parfois indexées par bien de propriété intellectuelle et non par l'élément identifiant le constituant, car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs copropriétaires ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de propriétaire au fil des transferts.

14. Il existe, outre les registres nationaux, un certain nombre de registres internationaux de la propriété intellectuelle et l'enregistrement dans ces registres relève de traités relativement modernes ou d'autres textes législatifs internationaux qui visent à le simplifier, comme le règlement sur la marque communautaire, qui

permet d'enregistrer des indications relatives à la propriété mais aussi aux sûretés produisant des effets à l'égard des tiers, ou le Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles ("Traité sur le registre des films") adopté à Genève le 18 avril 1989 sous les auspices de l'OMPI. Ce traité crée un registre international qui permet l'enregistrement d'indications concernant les œuvres audiovisuelles et les droits sur ces œuvres, y compris, en particulier, les droits relatifs à leur exploitation (les documents de la conférence diplomatique montrent que des indications concernant les sûretés étaient également envisagées), et instaure une présomption de validité des indications enregistrées. Le registre international permet deux types de demandes: une "demande en rapport avec une œuvre", qui identifie une œuvre existante ou future au moins par son (ou ses) titre(s), et une "demande en rapport avec une personne", qui identifie une ou plusieurs œuvres existantes ou futures par la personne physique ou morale qui a produit, ou est censée produire, ces œuvres ou qui en est le propriétaire ou est censée l'être. Ce registre contient une base de données électronique qui permet l'indexation croisée des différents types d'enregistrement. Il existe aussi une procédure pour demander la suppression des indications contradictoires.

C. Coordination des registres

15. Comme on l'a vu (voir par. 4 et 5 ci-dessus), le *Guide* ne recommande pas qu'un système d'enregistrement dans un registre spécialisé (pour la propriété intellectuelle ou pour d'autres biens) soit créé s'il n'en existe pas, et il n'a aucune incidence sur les systèmes existants. Toutefois, lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'un document ou avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle et que, dans le même temps, la loi recommandée dans le *Guide* dispose que cette sûreté peut également être inscrite dans le registre général des sûretés, il est nécessaire de régler la question de la coordination entre ces deux registres. Afin de ne pas interférer avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, l'approche adoptée dans le *Guide* consiste à considérer, d'une manière générale, que c'est ce droit (voir recommandation 4, al. b)) et les règles applicables en matière de priorité qui prévalent.

16. C'est pourquoi le *Guide* ne traite pas, ni ne cherche à traiter, de la question de savoir si une sûreté grevant la propriété intellectuelle peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, des conditions d'une telle inscription (inscription d'un document ou d'un avis) ou de ses conséquences juridiques (opposabilité ou présomption d'opposabilité à l'égard de toutes les parties ou uniquement des tiers). Même si un registre de la propriété intellectuelle ne permet pas l'inscription des sûretés, ou permet l'inscription d'un document mais non d'un avis relatif à la sûreté ou, ayant permis une telle inscription, ne lui confère pas d'effets à l'égard des tiers, le *Guide* ne formule pas de recommandation contraire et admet tout éventuel système d'inscription dans un registre spécialisé tel qu'il est.

17. Il contient toutefois des recommandations concernant l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle dans le registre général des sûretés, ce qui explique qu'il renvoie au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)) lorsque celui-ci traite

des effets de l'inscription des sûretés sur un registre de la propriété intellectuelle d'une manière qui serait incompatible avec les effets à l'égard des tiers que le *Guide* confère à cette inscription (voir recommandation 38). À l'inverse, si ce droit ne traite pas de ces questions, l'absence de chevauchement ou de conflit avec ce droit fera que la question de la primauté de ce dernier ne se posera pas et le *Guide* s'appliquera en conférant à cette inscription dans un registre spécialisé des effets à l'égard des tiers.

18. En outre, le *Guide* traite de la question de la coordination entre un registre spécialisé (notamment un registre de la propriété intellectuelle) et le registre général des sûretés qu'il recommande par des règles de priorité appropriées. Ainsi, afin de préserver la fiabilité des registres de la propriété intellectuelle (et des autres registres spécialisés), en particulier lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'édicte pas de règles pour déterminer la priorité, le *Guide* prévoit qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle pour laquelle un document ou avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié a priorité sur une sûreté grevant la même propriété intellectuelle pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 77, al. a)). Il dispose, pour cette même raison, que le bénéficiaire d'un transfert acquiert en principe la propriété intellectuelle libre d'une sûreté constituée précédemment sur cette propriété, à moins qu'un document ou avis relatif à cette sûreté ne soit inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 78 et 79). Conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, cette règle ne s'appliquerait que si elle n'est pas contraire à une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 12 à 15).

19. Si des États adoptant la recommandation du *Guide* ont des registres spécialisés de la propriété intellectuelle qu'ils souhaitent utiliser pour inscrire les sûretés sur la propriété intellectuelle en utilisant les possibilités énumérées dans la recommandation 38 du *Guide*, ils souhaiteront peut-être réfléchir à des moyens de coordonner leurs registres de la propriété intellectuelle existants avec le registre général des sûretés introduit par le *Guide*. Ils pourraient par exemple envisager de permettre l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant la propriété intellectuelle dans un registre de la propriété intellectuelle conférant des effets à l'égard des tiers. Ils pourraient aussi examiner si les registres de la propriété intellectuelle portant sur des biens devraient également avoir un index des débiteurs (et inversement). Ils pourraient, en outre, envisager d'exiger la transmission d'un avis concernant l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle au registre général des sûretés (ou inversement). Il va de soi qu'il serait plus facile, plus simple, plus rapide et moins onéreux de coordonner les registres de cette manière dans un système d'inscription électronique que dans un système d'inscription sur support papier.

20. Une alternative à un système qui permet de transmettre les avis d'un registre à un autre pourrait être un système qui présente un portail commun d'accès à la fois au registre général des sûretés et à divers registres spécialisés. Un tel portail commun permettrait aux personnes procédant à l'inscription d'enregistrer l'avis simultanément dans les deux registres. Plusieurs mesures devraient être prises pour garantir l'efficacité d'un portail commun: il faudrait qu'un simple avis soit suffisant, l'avis devant inclure à la fois l'élément identifiant le constituant et le créancier garanti (ou son représentant) et un descriptif précis des biens grevés; qu'il

soit possible de faire des recherches dans les deux registres en soumettant une seule demande; et que l'on tienne des index à la fois sur les constituants et sur les biens et établisse des renvois entre les deux (voir chapitre III du *Guide* sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 80 à 82).

D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle future

21. Le registre général des sûretés recommandé par le *Guide* présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut porter sur les biens futurs du constituant. La sûreté réelle mobilière peut donc grever des biens qui seront produits ou acquis ultérieurement par ce dernier (voir recommandation 17) et l'avis peut porter sur des biens décrits de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables (voir recommandation 63). Ainsi, si les biens grevés sont décrits dans la convention constitutive de sûreté comme étant l'ensemble des stocks existants ou futurs, l'avis peut désigner ces stocks en utilisant cette même formule générale. La priorité étant déterminée par la date d'inscription, la priorité des sûretés s'étend aux stocks futurs. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

22. De leur côté, dans bien des États, les registres de la propriété intellectuelle existants ne se prêtent pas aisément à l'inscription de droits sur une propriété intellectuelle future. Comme les transferts ou les sûretés réelles mobilières portant sur la propriété intellectuelle s'y trouvent indexés par droit de propriété intellectuelle concerné, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois la propriété intellectuelle elle-même d'abord enregistrée. De ce fait, l'inscription sur un registre de la propriété intellectuelle d'un avis général concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle future serait sans effet, et une nouvelle inscription de la sûreté serait nécessaire chaque fois qu'une nouvelle propriété intellectuelle est acquise.

23. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle interdit qu'une propriété intellectuelle soit acquise, transférée ou grevée avant d'avoir été effectivement enregistrée dans un registre de la propriété intellectuelle, le *Guide* ne remet pas en cause cette interdiction et ne permet pas de constituer une sûreté sur cette propriété intellectuelle future. En revanche, si ce droit n'interdit pas la création d'une sûreté sur une propriété intellectuelle future (comme c'est, par exemple, le cas pour un brevet ou une marque en attendant leur inscription dans le registre des brevets ou des marques), une telle sûreté pourra être constituée et devenir opposable conformément au *Guide*. Les États qui adopteront les recommandations du *Guide* souhaitent peut-être envisager de revoir leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si un avis concernant une sûreté peut porter sur une propriété intellectuelle future.

E. Double inscription ou double recherche

24. Comme il a déjà été indiqué, le *Guide* s'en remet au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour les modalités d'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle et prévoit expressément que la loi sur les opérations garanties accorde la priorité aux droits pour lesquels une inscription a été effectuée dans un tel registre (voir par. 4, 17 et 18 ci-dessus). Comme il est également noté plus haut, le *Guide* rend ainsi souvent inutile la double inscription ou la double recherche. En particulier, une simple inscription au registre général des sûretés paraîtrait nécessaire et utile aux fins des opérations garanties: a) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle dont l'enregistrement n'est pas requis par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple droit d'auteur ou secrets commerciaux dans de nombreux États); b) lorsqu'un document ou avis relatif à une sûreté sur la propriété intellectuelle ne peut pas être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle; c) lorsqu'un avis relatif à une sûreté sur la propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, mais que les effets de cette inscription sont incompatibles avec les effets à l'égard des tiers; et d) lorsque d'autres créanciers garantis inscrivent leurs droits uniquement au registre général des sûretés. En revanche, l'enregistrement au registre de la propriété intellectuelle approprié peut être préférable, par exemple: a) lorsque le bien grevé est un type de bien pour lequel existe un régime d'enregistrement qui permet d'enregistrer des documents ou avis relatifs à des sûretés (par exemple brevets ou marques dans de nombreux États); ou b) lorsque le créancier garanti a besoin d'obtenir la priorité sur d'autres créanciers garantis ou bénéficiaires de transferts conformément au droit pertinent contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

25. Avant de conclure une convention constitutive de sûreté, un créancier garanti faisant preuve de la diligence voulue procédera habituellement à une recherche pour déterminer s'il existe déjà des réclameurs concurrents qui ont priorité sur la sûreté proposée. Dans un premier temps, le créancier garanti recherchera les titulaires successifs pour identifier les transferts antérieurs et déterminer si le constituant dispose effectivement de droits sur la propriété intellectuelle afin que la sûreté puisse d'emblée produire ses effets (cette obligation de diligence vaut pour tous les biens meubles). Contrairement aux registres de la propriété intellectuelle, le registre général des sûretés ne consigne pas les titulaires. Par conséquent, pour déterminer la chaîne des titulaires, il faudra faire une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, à condition que les droits de propriété intellectuelle puissent y être inscrits. Ensuite, le créancier garanti effectuera une recherche pour déterminer si chaque titulaire antérieur dans la chaîne a accordé une sûreté qui pourrait avoir priorité sur la sûreté proposée. Enfin, il déterminera le rang de priorité revenant aux droits inscrits dans l'un ou l'autre des registres. Lorsque la priorité est déterminée uniquement en fonction de l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié, comme le prévoit le *Guide*, une recherche dans ce seul registre peut suffire. Dans le cas contraire, un créancier garanti peut avoir à effectuer une recherche dans les deux registres.

26. Le *Guide* prévoit que le registre général des sûretés sera électronique et permettra d'inscrire des avis relatifs à des sûretés éventuelles en conférant des effets

à l'égard des tiers et prélèvera, le cas échéant, des frais d'enregistrement et de recherche minimaux (pour permettre le recouvrement des coûts) (voir al. i) de la recommandation 54). En d'autres termes, dans les États qui adoptent les recommandations du *Guide*, l'inscription et la recherche dans ce registre devraient être simples, rapides et économiques. Toutefois, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, il se peut que les registres ne soient pas nécessairement entièrement électroniques (même si un nombre croissant de registres de la propriété intellectuelle permettent les recherches en ligne moyennant des frais modiques). De plus, il faudra peut-être déposer le document reflétant l'opération ou un résumé y relatif (plutôt qu'un avis). En outre, il se peut que le document déposé doive être vérifié par le personnel du registre, ne serait-ce que dans la mesure où l'inscription peut avoir comme conséquence juridique de créer une présomption irréfragable ou réfragable de l'existence d'un droit sur la propriété intellectuelle.

27. Ainsi, si les frais applicables varient considérablement d'un État à l'autre, on peut raisonnablement s'attendre à ce que le coût d'enregistrement d'un document relatif à une sûreté réelle mobilière dans un registre de la propriété intellectuelle dépasse celui de l'inscription d'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière dans le registre général des sûretés. Quant à l'investissement en temps et en argent nécessaire pour faire des recherches dans un registre de documents (électronique ou non), il risque, là encore, de dépasser celui nécessaire pour un registre général des sûretés électronique reposant sur l'inscription d'avis. Ces différences seront bien évidemment atténuées si un registre de la propriété intellectuelle permet, pour une somme modique, l'enregistrement en ligne d'un avis relatif à une sûreté conférant des effets à l'égard des tiers et s'il est organisé de manière à permettre également des recherches rapides et peu coûteuses. Par contre, l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié fournirait davantage d'informations (notamment en raison de la description précise des biens grevés et des informations relatives aux transferts) et, selon toute vraisemblance, des informations plus fiables (notamment parce que l'inscription peut constituer ou apporter une preuve solide de l'existence d'un droit).

[Note à l'intention du Groupe de travail: À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu que, pour évaluer l'incidence d'une inscription dans un registre de la propriété intellectuelle ou dans un registre général des sûretés, il pourrait envisager d'analyser les coûts d'inscription d'une sûreté dans l'un ou l'autre registre (voir A/CN.9/670, par. 69). Il sera peut-être d'avis que les paragraphes 26 et 27, qui traitent du coût de l'inscription et de la recherche dans l'un ou l'autre registre, pourraient être utilement complétés par le texte suivant.

“Les différences de coût de l'inscription et de la recherche peuvent être illustrées par les exemples suivants (qui partent de l'hypothèse qu'il existe un registre de la propriété intellectuelle qui autorise l'inscription de sûretés grevant la propriété intellectuelle):

1. Un constituant, qui est le propriétaire initial d'un droit de propriété intellectuelle, octroie une sûreté sur ce droit à un créancier garanti. Que l'inscription soit effectuée dans le registre général des sûretés ou dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le créancier garanti n'aura besoin d'inscrire qu'un seul avis. Par contre, une personne souhaitant effectuer une recherche devra peut-être le faire dans les deux registres. Il va de soi que le système

d'enregistrement de la propriété intellectuelle pourra exiger l'inscription d'un document et que le conservateur du registre devra peut-être vérifier ce document et émettre un certificat constituant une preuve de l'existence de la sûreté. Ces formalités auront probablement une incidence sur les délais et les frais d'inscription. Par contre, si le système de registre reposant sur l'inscription d'avis du registre général des sûretés préserve peut-être davantage la confidentialité d'une opération que le système de registre reposant sur l'inscription de documents du registre de la propriété intellectuelle, il ne donnera pas, à une personne effectuant une recherche, autant de renseignements que ce dernier.

2. Un constituant, qui est le propriétaire initial de 10 droits de propriété intellectuelle, octroie une sûreté sur tous ces droits à un créancier garanti. Si l'inscription est effectuée dans le registre général des sûretés, le créancier garanti n'a besoin d'inscrire qu'un seul avis et une personne effectuant une recherche d'effectuer qu'une seule recherche à partir du nom du constituant pour trouver des sûretés concurrentes (même s'il sera peut-être nécessaire d'effectuer des recherches à partir de chaque droit de propriété intellectuelle pour trouver d'autres réclaments concurrents). Par contre, si l'inscription est effectuée dans un registre de la propriété intellectuelle pour chaque droit, le créancier garanti doit inscrire un document ou avis pour chaque droit de propriété intellectuelle, et une personne effectuant une recherche doit le faire pour chaque droit afin de trouver aussi bien des sûretés antérieures que d'autres réclaments concurrents (même si, si tous les droits de propriété intellectuelle sont du même type, comme des brevets, il pourra être possible d'inscrire un document portant sur les 10 brevets). Dans ce cas également, tant l'inscription que la recherche dans le registre général des sûretés seraient plus rapides et moins coûteuses.

3. Dans l'exemple présenté au paragraphe 2 ci-dessus, si le constituant n'est pas le propriétaire initial, mais un bénéficiaire dans une succession de transferts, il se peut quand même que l'inscription dans le registre général des sûretés soit plus efficace que l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle, à condition que le créancier garanti n'ait pas besoin d'inscrire un avis de modification chaque fois que le droit de propriété intellectuelle est transféré. La situation, cependant, peut être différente sur le plan des recherches. Si chacun des 10 droits de propriété intellectuelle a 10 propriétaires antérieurs, une personne effectuant une recherche devra faire 10 recherches en dehors du registre des sûretés pour identifier les bénéficiaires du transfert de chaque droit de propriété intellectuelle, puis 100 recherches (10 propriétaires x 10 droits de propriété intellectuelle) pour recenser toutes les sûretés antérieures. Si une sûreté est inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, le créancier garanti n'aura besoin d'effectuer que 10 recherches, soit une par droit de propriété intellectuelle. Dans ce cas, l'efficacité de l'inscription dans le registre général des sûretés dépendra de l'approche suivie dans l'État concerné quant à la question de l'efficacité de l'inscription en cas de transfert de la propriété intellectuelle grevée. Il semblerait donc qu'une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle soit moins coûteuse.

4. Toujours dans le deuxième exemple, le créancier garanti n'a besoin d'inscrire qu'un seul avis dans le registre général des sûretés. En outre, si une sûreté octroyée par une partie antérieure n'est opposable au constituant qu'à condition qu'un avis distinct ait été inscrit à son nom en tant que bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée, le créancier garanti n'aura besoin d'effectuer qu'une seule

recherche dans le registre général des sûretés. Par contre, si un document ou un avis est inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, le créancier garanti devra procéder à 10 inscriptions et 10 recherches pour chaque droit de propriété intellectuelle dans chaque registre de la propriété intellectuelle. Dans ce cas, l'inscription et la recherche dans le registre général des sûretés devraient être moins coûteuses que l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle.

5. La situation peut toutefois être différente si un constituant est une nouvelle entreprise qui cherche à obtenir un revenu en exploitant ses droits de propriété intellectuelle par le biais de transferts (par exemple, une société de divertissement qui octroie de nombreuses licences exclusives, traitées chacune comme un "transfert"). Le constituant a l'intention d'octroyer cinq licences exclusives. Le créancier garanti souhaite que sa sûreté soit opposable à tous les preneurs de licence exclusive et à leurs créanciers garantis potentiels. Si l'inscription est effectuée dans le registre de la propriété intellectuelle, le créancier garanti ne doit procéder qu'à 10 inscriptions, soit une pour chaque droit de propriété intellectuelle. Si elle l'est, par contre, dans le registre général des sûretés, il doit inscrire un avis sous le nom du constituant et un avis sous le nom de chacun des 5 preneurs de licence pour chacun des 10 droits de propriété intellectuelle (soit $5 \times 10 = 50$ avis). Le créancier garanti devra, dans ce cas, s'efforcer de contrôler non seulement les mesures prises par son constituant, mais aussi les preneurs de licence et de sous-licence exclusive avec lesquels il n'aura peut-être pas de relation contractuelle directe. Ceci pourrait décourager l'octroi d'un financement garanti à ces nouvelles entreprises.

6. Ces exemples montrent que si le registre général des sûretés prévu par le Guide convient mieux à certaines formes de financement garanti par la propriété intellectuelle, ce n'est pas toujours le cas, et cela dépend des circonstances de chaque cas et de la loi applicable (voir section G ci-dessous).

7. La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité a également une incidence sur l'efficacité d'une inscription en termes de temps et de coûts. Si la loi applicable à ces questions est celle de l'État dans lequel la propriété intellectuelle grevée est protégée, dans le cas d'un portefeuille de droits de propriété intellectuelle, l'inscription et la recherche concerneront plusieurs États. La situation est différente si l'opposabilité et la priorité sont régies par la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Dans tous les cas, cependant, la différence tient principalement à la loi applicable et non au type d'inscription. C'est pourquoi cette question est examinée dans le chapitre X sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle."

Le Groupe de travail estimera peut-être aussi que l'analyse présentée ci-dessus est utile lorsque l'inscription ou la recherche sont effectuées dans l'un ou l'autre registre. Il jugera peut-être aussi, cependant, que compte tenu de la priorité d'une sûreté inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle et de la nécessité d'établir une succession de transferts, il est possible que l'inscription et la recherche doivent, la plupart du temps, être effectuées dans le registre de la propriété intellectuelle (lorsque l'inscription d'une sûreté dans ce registre est possible, bien entendu).]

F. Moment où l'inscription prend effet

28. Selon le *Guide*, l'inscription d'un avis concernant une sûreté devient opposable dès que les informations y figurant sont saisies dans les fichiers du registre et deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche (voir recommandation 70). Lorsque le registre est électronique, l'inscription d'un avis produit effet dès l'enregistrement. En revanche, lorsque le registre est tenu sur support papier, l'inscription d'un avis produira effet un certain temps après enregistrement.

29. Selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les règles concernant le moment où l'inscription d'une sûreté prend effet peuvent varier d'un système d'inscription dans un registre spécialisé à l'autre. Par exemple, le droit relatif aux brevets et aux marques de nombreux États prévoit que l'opposabilité d'une sûreté inscrite ou d'un autre droit grevant un brevet ou une marque rétroagit à la date du dépôt (c'est-à-dire de la soumission au registre d'une demande d'inscription). Une telle approche est utile lorsqu'il faut un certain temps au registre pour procéder effectivement à l'inscription de la sûreté grevant le brevet ou la marque, mais elle peut induire en erreur une personne qui cherche à savoir si un bien de propriété intellectuelle est grevé ou pas.

30. Comme il a été mentionné, le *Guide* règle les questions de coordination en donnant la priorité à une sûreté pour laquelle un document ou avis est inscrit dans un registre spécialisé (ou qui fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété) indépendamment de la date d'enregistrement (voir recommandations 77 et 78). Ainsi, cette différence d'approche quant à la date d'effet de l'inscription ne posera probablement aucun problème pour déterminer la priorité d'une sûreté sur la propriété intellectuelle inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié.

G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

31. Le *Guide* recommande que la loi sur les opérations garanties aborde la question de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 62). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Elle ne s'applique cependant pas si:

a) Le bénéficiaire d'un transfert acquiert le bien grevé libre de la sûreté, par exemple lorsque ce transfert est autorisé par le créancier garanti (voir recommandation 80);

b) Un document ou avis relatif à la sûreté a été inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (ou autre registre spécialisé);

c) Le constituant a transféré l'ensemble de ses droits sur le bien grevé avant de constituer une sûreté sur ce bien (dans ce cas, aucune sûreté n'est créée selon le *Guide*; voir recommandation 13); et

d) Il n'y a pas de transfert de propriété, mais une licence sur la propriété intellectuelle.

32. Pour ce qui est de l'alinéa a) du paragraphe précédent, on notera que si le créancier garanti n'a pas autorisé une licence (c'est-à-dire si le preneur de licence n'a pas acquis le bien libre de la sûreté) et a réalisé sa sûreté, la réalisation reviendrait à mettre fin à la licence et à toute sous-licence, de sorte que tous les "preneurs de licence" deviendraient des auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle. Dès lors, le créancier garanti pourrait ne pas tenir compte des sûretés constituées par des preneurs de licence non autorisés. Pour ce qui est de l'alinéa d), on notera que la recommandation 62 pourrait s'appliquer à une licence si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle considère cette dernière comme un transfert de propriété (même si, selon le *Guide*, une licence n'est pas un transfert).

33. Le commentaire examine trois solutions qui s'offrent à l'État adoptant pour traiter la question. Une première solution consiste à prévoir que, si le bénéficiaire du transfert du bien grevé n'acquiert pas ce dernier libre de la sûreté, le créancier garanti doit inscrire une modification désignant le bénéficiaire de ce transfert dans un délai déterminé après le transfert. À défaut, l'opposabilité initiale est maintenue en principe, mais la sûreté est subordonnée aux créanciers garantis et aux bénéficiaires de transferts qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification. Une deuxième solution à laquelle les États adoptants peuvent choisir de recourir consiste à prévoir que le délai de grâce pour l'inscription d'une modification ne commence à courir qu'à partir du moment où le créancier garanti prend effectivement connaissance du transfert du bien grevé par le constituant. Une troisième solution serait de disposer que le transfert d'un bien grevé n'a pas d'incidence sur l'opposabilité d'une sûreté inscrite.

34. Si un État opte pour la troisième solution, le créancier garanti de l'auteur du transfert n'a pas besoin d'inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté désignant le bénéficiaire. En pareil cas, la sûreté grevant le bien à présent détenu par le bénéficiaire du transfert resterait opposable. Cependant, en cas de transferts successifs, une recherche dans le registre général des sûretés ne permettra probablement pas aux bénéficiaires en aval de découvrir une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont. Dans ce cas, il leur resterait encore à déterminer les titulaires successifs et le statut du bien grevé en dehors du registre général des sûretés. Par contre, si un État adoptant recourt à la première ou la deuxième solution examinées ci-dessus, un créancier garanti devra déposer un nouvel avis désignant le bénéficiaire du transfert. Dans ce cas, il sera tenu de suivre le statut du bien grevé (à un degré différent, selon que la première ou la deuxième solution est suivie). Dans le même temps, en cas de transferts successifs, les bénéficiaires en aval seront cependant en mesure d'identifier une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont.

35. Les États adoptant le *Guide* devront examiner les avantages et les inconvénients relatifs des différentes solutions présentées ci-dessus et, en particulier, leurs conséquences pour les droits sur la propriété intellectuelle. Avec la première solution, par exemple, un créancier octroyant un crédit garanti par l'intégralité du droit d'auteur sur un film devra procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence (si le droit

concernant le droit d'auteur applicable considère une licence comme un transfert pouvant être enregistré) pour conserver son rang de priorité sur eux ou sur leurs propres créanciers garantis. Cette obligation serait particulièrement lourde pour ce type de prêteur et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ces biens. En revanche, cette solution permettra à une personne octroyant un prêt à un preneur de sous-licence de trouver plus aisément une sûreté créée par le donneur de sa sous-licence en effectuant une simple recherche uniquement à partir du nom de ce dernier. Il faut ici mettre en balance les coûts relatifs du suivi et des inscriptions multiples auxquels doit procéder le prêteur en "amont" et les coûts de la recherche de l'ensemble des titulaires successifs pour les sûretés créées en "aval". À cet égard, il est à noter qu'habituellement, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, un transfert antérieur conserve son rang de priorité sur les transferts ultérieurs sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle inscription au nom du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé.

36. Comme il a déjà été mentionné, si un État ne suit pas la troisième option, un créancier garanti devra enregistrer un avis de modification dans le registre général des sûretés à chaque fois que la propriété intellectuelle grevée fera l'objet d'un transfert, d'une licence ou d'une sous-licence non autorisés (si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pertinent traite les licences comme des transferts), au risque de perdre sa priorité s'il n'avait pas été informé et n'avait pas agi rapidement.

[Note à l'intention du Groupe de travail: À sa quinzième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer et de placer entre crochets une recommandation portant sur la troisième solution offerte aux États pour traiter la question couverte dans la recommandation 62, c'est-à-dire prévoyant qu'une inscription produit des effets sans qu'une nouvelle inscription soit nécessaire en cas de transfert des biens grevés (voir A/CN.9/670, par. 71).

Une telle recommandation pourrait être libellée comme suit: "La loi devrait prévoir que le transfert d'une propriété intellectuelle grevée d'une sûreté n'a pas d'incidence sur l'opposabilité de cette dernière. Par conséquent, le créancier garanti n'a pas besoin d'inscrire un avis de modification indiquant le nom du bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée."

En examinant cette recommandation, le Groupe de travail voudra peut-être prendre en compte les exemples suivants:

1. *Si le constituant d'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle n'est pas le propriétaire initial, mais le bénéficiaire d'un transfert avec 10 bénéficiaires antérieurs, et si le créancier garanti n'a pas besoin d'inscrire un avis de modification au nom de chaque bénéficiaire du transfert du droit de propriété intellectuelle grevé, celui-ci n'a besoin d'inscrire qu'un avis dans le registre général des sûretés (par contre, une personne effectuant une recherche devrait faire 10 recherches en dehors du registre des sûretés pour identifier chaque propriétaire et toute sûreté octroyée par un propriétaire).*

2. *Si, par contre, la loi exige un nouvel avis chaque fois que la propriété intellectuelle grevée est transférée, le créancier garanti doit inscrire un avis sous le nom du constituant et un avis pour chacun des 10 propriétaires antérieurs. Le créancier garanti devra, dans ce cas, s'efforcer de contrôler non seulement les*

mesures prises par son constituant, mais aussi les bénéficiaires (et les preneurs de licence, si la licence est traitée comme un transfert).

3. *Ces exemples montrent que si la loi exige qu'un créancier garanti inscrive un nouvel avis chaque fois que la propriété intellectuelle grevée est transférée ou mise sous licence, cela décourage le financement de la propriété intellectuelle ou le rend plus coûteux.]*

H. Enregistrement des sûretés réelles mobilières grevant des marques

37. L'Association internationale des marques ("AIM") a publié une série de recommandations au sujet de l'enregistrement de sûretés sur des marques de produits et de services (regroupées sous le terme de "marques")¹. Plus précisément, elle a entériné le principe d'uniformité ainsi qu'un certain nombre de meilleures pratiques en matière de mécanismes et de méthodes d'enregistrement des sûretés constituées sur des marques, reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques, constituent un élément de plus en plus important dans les prêts commerciaux; que le manque de cohérence dans l'enregistrement des sûretés sur les marques alimente l'insécurité dans les relations commerciales et fait que le propriétaire d'une marque risque de perdre ou de compromettre d'une autre manière ses droits attachés à la marque; que les mécanismes d'enregistrement des sûretés sur les marques sont inexistantes (ou insuffisants) dans de nombreux États; que beaucoup de pays appliquent des critères différents et contradictoires pour déterminer ce qui peut et sera enregistré; et que les travaux menés au niveau international au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle par des organisations comme la CNUDCI auront de larges incidences sur la manière dont les lois relatives au financement garanti seront appliquées à l'enregistrement et d'autres aspects des sûretés sur les marques, surtout dans les pays en développement. Il convient de noter que les recommandations n'abordent pas les questions ayant trait à l'enregistrement de sûretés grevant des marques qui ne peuvent pas être inscrites auprès du bureau des marques et laissent à la loi nationale sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*) le soin de régler ces questions. Elles traitent, en outre, des questions d'opposabilité mais renvoient, pour les règles de priorité, à la loi nationale sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*).

38. Les principales caractéristiques de ces meilleures pratiques sont les suivantes:

a) Une sûreté sur une marque pour laquelle une demande d'enregistrement a été déposée, ou qui est en attente d'enregistrement, devrait être inscriptible auprès du bureau national des marques;

b) Aux fins de la notification de la constitution d'une sûreté, il est recommandé que celle-ci soit inscrite auprès du bureau national des marques compétent ou dans tout registre commercial approprié, les inscriptions devant pouvoir être consultées gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

¹ Voir http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemid.

c) La constitution d'une sûreté sur une marque ne devrait pas opérer un transfert de la propriété de la marque grevée et ne devrait pas conférer au créancier garanti le droit de l'utiliser;

d) La convention constitutive de sûreté devrait comporter des dispositions claires, conformes à la législation locale, autorisant le renouvellement du dépôt de la marque par le créancier garanti, si cela est nécessaire pour en maintenir l'enregistrement;

e) Les marques devraient être évaluées, aux fins de la constitution d'une sûreté, selon n'importe quelle modalité appropriée et autorisée par la législation locale et aucun système ni aucune méthode d'évaluation ne sont privilégiés ou recommandés;

f) L'inscription des sûretés grevant des marques au bureau local des marques devrait suffire pour les rendre opposables; de même, l'inscription d'une sûreté auprès de tout autre registre autorisé par la législation locale, comme un registre commercial, devrait également suffire;

g) Si la législation locale exige qu'une sûreté soit enregistrée sur un registre autre que celui du bureau local des marques pour être opposable, par exemple sur un registre commercial, le double enregistrement de la sûreté ne devrait pas être interdit;

h) Les formalités d'enregistrement d'une sûreté et le montant des droits perçus, le cas échéant, devraient être réduits au minimum; un document indiquant: i) l'existence d'une sûreté, ii) les parties à l'opération, iii) la (ou les) marque(s) grevée(s), identifiée(s) par le numéro de la demande et/ou de l'enregistrement, iv) une brève description de la nature de la sûreté, et v) la date de prise d'effet de la sûreté, devrait suffire pour rendre une sûreté opposable;

i) Quelles qu'en soient les modalités, la réalisation d'une sûreté par saisie, après un jugement, une décision administrative ou un autre fait déclencheur, ne devrait pas être une procédure excessivement lourde;

j) Le bureau des marques compétent devrait enregistrer sans tarder tout jugement ou toute décision administrative ou autre défavorable et prendre les mesures administratives nécessaires; le dépôt d'une copie certifiée conforme du jugement ou de la décision devrait suffire;

k) Lorsque la réalisation est déclenchée par un fait autre qu'un jugement ou une décision administrative, la législation locale devrait prévoir un mécanisme simple permettant au détenteur de la sûreté de procéder à l'inscription, celle-ci devant pouvoir être consultée gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques;

l) Lorsque le propriétaire de la marque fait faillite ou ne peut, pour d'autres raisons, maintenir les marques faisant l'objet d'une sûreté, le titulaire de la sûreté (ou l'administrateur ou l'exécuteur testamentaire selon le cas) devrait être autorisé, en l'absence de dispositions contractuelles sur la question, à maintenir les marques, à condition que rien ne confère au créancier garanti le droit d'utiliser celles-ci; et

m) Le bureau ou l'organisme public compétent devrait enregistrer sans tarder le dépôt de la documentation faisant état de la levée de la sûreté, le registre

devant pouvoir être consulté gratuitement par le public, de préférence par des moyens électroniques.

39. Les recommandations a), b), f) et g) portant sur l'opposabilité d'une sûreté grevant une marque sont compatibles avec le *Guide* étant donné qu'elles font la promotion des objectifs de sécurité et de transparence (voir al. f) de la recommandation 1).

40. La recommandation c), qui prévoit que la constitution d'une sûreté sur une marque n'entraîne pas de transfert de cette dernière ni ne confère au créancier garanti le droit de l'utiliser, est également compatible avec le *Guide*. On notera que selon le *Guide*, le créancier garanti a le droit, mais non l'obligation, de conserver un bien meuble incorporel grevé (il n'y a obligation que pour les biens meubles corporels; voir recommandation 111). Si, en cas d'insolvabilité du propriétaire, ni le propriétaire, ni le représentant de l'insolvabilité, ni le créancier garanti ne prend les mesures nécessaires pour préserver la marque grevée, celle-ci peut tout de même l'être en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple en vertu de la doctrine de la "non-utilisation excusable" d'une marque).

41. La recommandation d) est aussi compatible avec le *Guide* car elle prévoit une règle supplétive pour les droits des parties dans les limites du droit applicable. La recommandation e), qui souligne l'importance d'évaluer les marques, sans suggérer de système d'évaluation particulier, et la recommandation h), qui recommande l'inscription d'un avis, même pour ce qui est des registres de marques, sont également compatibles. Il convient de noter que la référence à la "date de prise d'effet de la sûreté" se rapporte au moment où la sûreté prend effet entre les parties et non à l'égard des tiers.

42. Les recommandations i), j) et k) sont également compatibles avec le *Guide* car elles prévoient des mécanismes de réalisation efficaces, ainsi que l'enregistrement des jugements ou des décisions administratives de réalisation. Enfin, la recommandation m), qui est soumise à l'approbation des autorités publiques compétentes, est compatible avec les recommandations du *Guide* relatives aux procédures d'inscription efficaces.

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-15
A. Le concept de priorité	1-2
B. Identification des réclamants concurrents	3-4
C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs	5-6
D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle non inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle	7-8
E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle	9-11
F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée	12-15

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note au Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 15 ci-dessous et les paragraphes 1 à 22 du document A.CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, voir A.CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 43 à 55, A.CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 1 à 23, A/CN.9/670, par. 73 à 95, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 33 à 61, A/CN.9/667, par. 86 à 103, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 1 à 25, et A/CN.9/649, par. 41 à 56.]

A. Le concept de priorité

1. Dans le *Guide*, le concept de priorité d'une sûreté à l'égard des réclamants concurrents a trait à la question de savoir si un créancier garanti peut jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence à un réclamant concurrent (pour la signification du terme "réclamant concurrent", voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 19 et 20, et par. 3 ci-dessous). Il convient de noter aussi qu'un conflit entre deux personnes, dont aucune n'est un créancier garanti, n'est pas un conflit de priorité au sens du *Guide*.

2. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, le concept de priorité des droits de propriété intellectuelle peut être lié aux notions de propriété et d'efficacité. Dans la plupart des États, si la propriété intellectuelle est transférée une première fois par son titulaire, un deuxième transfert réalisé par cette même personne n'emporte normalement pas transmission de droits au deuxième bénéficiaire (sauf si le premier ne se conforme pas aux conditions légales d'enregistrement ou si le deuxième est un acheteur de bonne foi; pour l'importance de la connaissance des transferts antérieurs, voir par. 5 et 6). En pareil cas, la question de la priorité au sens où ce terme est employé dans le *Guide* ne se pose pas. En conséquence, le *Guide* ne s'appliquerait pas et s'en remettrait au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle sur ce point. En tout état de cause, il convient de noter que, selon le *Guide*, une partie qui n'a pas de droits sur un bien, ou le pouvoir de le grever, ne peut constituer de sûreté sur ce bien (voir recommandation 13).

B. Identification des réclamants concurrents

3. Dans le *Guide*, la notion de "réclamant concurrent" titulaire d'un droit sur un bien grevé désigne un autre créancier garanti ayant une sûreté sur le même bien (qui peut être le bénéficiaire d'un transfert réalisé à titre de garantie), le bénéficiaire d'un transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé, un créancier judiciaire ayant un droit sur le bien grevé ou un représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant. En particulier, le *Guide* s'applique aux conflits de priorité: a) entre deux sûretés sur la propriété intellectuelle pour lesquelles un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 76, al. a)); b) entre une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés et une sûreté pour laquelle un document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir recommandation 77, al. a)); c) entre deux sûretés pour lesquelles un document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; (voir recommandation 77, al. b)); d) entre les droits d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle et une sûreté grevant cette propriété intellectuelle qui peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandation 78); e) entre les droits d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle et une sûreté grevant cette propriété intellectuelle qui ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 79 à 81); et f) entre deux sûretés, dont l'une est consentie par le constituant et l'autre par le bénéficiaire d'un transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé (voir recommandations 31, 79 et 82). Le dernier conflit est abordé dans ce sens que le bénéficiaire d'un transfert prend le bien soumis à la sûreté (voir recommandations 79 et 82) et le créancier garanti du bénéficiaire du transfert ne prend pas plus de droits que n'en avait le bénéficiaire du transfert (voir recommandation 31).

4. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, on utilise à la place la notion de "bénéficiaires de transfert concurrents" pour désigner les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs de licence qui se trouvent en concurrence entre eux. S'il n'y a pas de conflit avec une sûreté grevant la propriété intellectuelle (qui comprend le droit d'un bénéficiaire de transfert à titre de garantie), la loi recommandée dans le *Guide*

ne s'applique pas et la question est laissée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. S'il y a un conflit avec une telle sûreté, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de l'État adoptant (voir recommandation 4, al. b)). En outre, le *Guide* ne s'applique pas à un conflit entre le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé qui a acquis ce bien auprès d'un créancier garanti réalisant sa sûreté et un autre créancier garanti qui a acquis ultérieurement un droit sur le même bien auprès du même constituant. Selon le *Guide*, il ne s'agit pas d'un véritable conflit de priorité (mais ce peut fort bien être un conflit réglé par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

5. Selon le *Guide*, la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'une sûreté antérieure n'entre généralement pas en ligne de compte pour déterminer la priorité (voir recommandation 93), mais le fait de savoir que le transfert d'un bien grevé viole les droits d'un créancier garanti peut avoir son importance (voir recommandation 81, al. a)). Ainsi, la sûreté d'un créancier garanti qui a connaissance d'une sûreté constituée antérieurement peut néanmoins avoir priorité sur cette dernière si un avis relatif à la sûreté constituée postérieurement a été inscrit (ou si cette dernière a été rendue opposable d'une autre manière) avant que la sûreté constituée antérieurement devienne opposable (voir recommandation 76, al. a)).

6. En revanche, dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté ou un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le créancier ou le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. La primauté reconnue au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans l'alinéa b) de la recommandation 4 devrait préserver ces règles de priorité fondées sur le critère de "connaissance" dans la mesure où elles s'appliquent de façon spécifique aux sûretés sur la propriété intellectuelle.

D. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle non inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle

7. Comme mentionné précédemment, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles de priorité traitant de la priorité des sûretés sur la propriété intellectuelle qui s'appliquent de façon spécifique à la propriété intellectuelle et que les règles de priorité de la loi recommandée dans le *Guide* contredisent ces règles, cette dernière ne s'applique pas (voir recommandation 4, al. b)). Par contre, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne prévoit pas de telles règles ou que les règles de priorité de la loi recommandée dans le *Guide* sont compatibles avec ces règles, cette dernière s'applique.

8. Selon le *Guide*, la priorité entre des sûretés réelles mobilières constituées par le même constituant sur les mêmes biens rendues opposables par inscription au registre général des sûretés est déterminée par l'ordre d'inscription d'un avis dans ce registre (voir recommandation 76, al. a)). Cette règle s'applique si un avis ou un document relatif à une sûreté ne peut pas être inscrit ou n'est pas inscrit dans un registre spécialisé. Si un tel avis ou document peut être inscrit et est inscrit dans un registre spécialisé, des règles différentes s'appliquent (voir recommandation 77 et par. 9 à 11 ci-dessous). De plus, si une sûreté est constituée par un constituant différent (par exemple, un bénéficiaire de transfert du constituant initial), des règles différentes s'appliquent (voir recommandations 79 à 83 et par. 12 à 15 ci-dessous ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 1 à 14). Toutes ces règles s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

E. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle

9. Le *Guide* recommande qu'une sûreté pour laquelle un document ou un avis peut être inscrit et est inscrit dans un registre spécialisé et est donc opposable (voir recommandation 38) devrait avoir priorité sur une sûreté pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés, quel que soit l'ordre de ces inscriptions (voir recommandation 77, al. a)). Il recommande également qu'une sûreté, pour laquelle un document ou un avis peut être inscrit et est inscrit dans un registre spécialisé, a priorité sur une sûreté inscrite ultérieurement dans ce registre (voir recommandation 77, al. b)). En outre, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si, au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, une sûreté sur ce bien a été rendue opposable par inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert ou le preneur de licence sont soumis à la sûreté. Si une sûreté peut être inscrite mais n'est pas inscrite dans un registre spécialisé, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le titulaire de licence sont libres de la sûreté, même si un avis de sûreté a été inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 78). Si la sûreté ne peut pas être inscrite dans un registre spécialisé, le bénéficiaire d'un transfert du bien grevé prend celui-ci soumis à la sûreté, à moins que certaines conditions exceptionnelles ne soient réunies (voir recommandations 79 à 81). Le créancier garanti du bénéficiaire d'un transfert prend le bien soumis à la sûreté constituée par le bénéficiaire du transfert (voir recommandations 31 et 82).

10. Ces recommandations s'appliquent également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. Ainsi, en cas de conflit entre deux sûretés grevant la propriété intellectuelle, l'une faisant l'objet d'un avis inscrit dans le registre général des sûretés et l'autre faisant l'objet d'un document ou avis inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le *Guide* s'applique et donne priorité à la sûreté pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir recommandation 77, al. a)). En cas de conflit entre des sûretés pour lesquelles un document ou un avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, celle qui fait l'objet du premier document ou avis à être inscrit a priorité, et le *Guide* confirme ce résultat (voir recommandation 77, al. b)). En cas de conflit de priorité entre les droits du bénéficiaire d'un transfert de la

propriété intellectuelle et une sûreté pour laquelle, au moment du transfert, un document ou avis pouvait être inscrit et a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait cette propriété intellectuelle soumise à la sûreté. En revanche, si une sûreté grevant la propriété intellectuelle peut être inscrite mais ne l'est pas, le bénéficiaire d'un transfert ou le preneur de licence du bien grevé prend la propriété intellectuelle libre de la sûreté (voir recommandation 78), même si celle-ci a été inscrite dans le registre général des sûretés (voir recommandation 78). Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit dans ce cas qu'un créancier garanti sera prioritaire si le bénéficiaire du transfert n'est pas un acquéreur de bonne foi. Suivant la recommandation 4, alinéa b), le *Guide* renvoie à cette règle si elle s'applique de façon spécifique à la propriété intellectuelle. Enfin, un créancier garanti du bénéficiaire d'un transfert d'un bien de propriété intellectuelle prend ce dernier soumis à la sûreté de l'auteur du transfert (voir recommandations 31 et 82).

11. Par exemple, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B qui inscrit un avis relatif à sa sûreté au registre général des sûretés et qu'ensuite A transfère la propriété du brevet à C, qui inscrit un document ou avis relatif au transfert au registre des brevets, selon le *Guide*, C prendra le brevet libre de la sûreté car aucun document ou avis relatif à la sûreté n'a été inscrit au registre des brevets (voir recommandation 78). De la même manière, si A, au lieu de procéder à un transfert, constitue une deuxième sûreté en faveur de C et si seul ce dernier procède à une inscription au registre des brevets, selon le *Guide*, c'est C qui prime (voir recommandation 77, al. a)). Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription au registre des brevets confère des droits supérieurs, selon le *Guide*, les tiers effectuant des recherches pourraient se contenter de consulter ce registre et n'auraient pas besoin d'examiner le registre général des sûretés. Dans tous ces exemples, la qualité de bénéficiaire du transfert et les conditions auxquelles doit satisfaire un transfert sont déterminées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter également que l'inscription au registre de la propriété intellectuelle ne viserait normalement qu'une sûreté grevant la propriété intellectuelle. Elle ne viserait pas une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisé un droit de propriété intellectuelle.

F. Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

12. Dans le *Guide*, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé (y compris la propriété intellectuelle) prend normalement ce bien soumis à une sûreté qui était opposable au moment du transfert (voir recommandation 79). Cette règle admet deux exceptions: premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la disposition du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. a) pour la vente de biens grevés, et al. b) pour la location ou la mise sous licence de ces biens) et, deuxièmement, en cas de transfert dans le cours normal des affaires du vendeur, du bailleur ou du donneur de licence lorsque l'acheteur, le preneur à bail ou le preneur de licence ne sait pas que la vente, la location ou la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 81, al. a) pour les ventes de biens grevés, al. b) pour les locations

et al. c) pour les licences). Si une sûreté réelle mobilière peut être inscrite (qu'elle le soit ou non) dans un registre de la propriété intellectuelle, comme il a déjà été indiqué (voir par. 9 à 11 ci-dessus), une règle différente s'applique (voir recommandation 78).

13. La recommandation 79 s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle qui ne peuvent pas être inscrites (qu'elles le soient ou non) dans un registre de la propriété intellectuelle (et la recommandation 78 s'applique aux sûretés sur la propriété intellectuelle qui peuvent être inscrites (qu'elles le soient ou non) dans un registre de la propriété intellectuelle). Par conséquent, si un tel avis est inscrit dans le registre général des sûretés, le bénéficiaire d'un transfert ou le preneur de licence de propriété intellectuelle prendra la propriété intellectuelle soumise à la sûreté, sauf si l'une des exceptions énoncées dans les recommandations 80 à 82 s'applique (pour la recommandation 81, al. c), voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, par. 7 à 14). Ces recommandations ne s'appliquent pas, en vertu de la recommandation 4, alinéa b), si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles de priorité contraires qui s'appliquent spécifiquement à la propriété intellectuelle.

14. Il est important de noter que si la propriété intellectuelle est transférée avant la création d'une sûreté, le créancier garanti sera dépourvu de toute sûreté en raison du principe du droit des biens généralement acceptable *nemo dat*, sur l'application duquel le *Guide* n'a pas d'incidence. Cette approche est exprimée dans la règle générale du Guide selon laquelle un constituant peut créer une sûreté uniquement sur un bien sur lequel il a des droits ou le pouvoir de créer une sûreté (voir recommandation 13). Cette règle serait remplacée par une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle donnant la priorité à un acheteur de bonne foi de la propriété intellectuelle grevée (voir recommandation 4, al. b)).

15. Il est également important de noter, comme cela a déjà été indiqué (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 31 à 36), que selon le *Guide*, la concession d'une licence de propriété intellectuelle ne constitue pas un transfert de la propriété intellectuelle mise sous licence. Par conséquent, les règles du *Guide* qui gouvernent les transferts de biens grevés ne s'appliquent pas aux licences. Toutefois, le *Guide* donnerait préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traitant certaines licences (en particulier les licences exclusives) comme des transferts (voir recommandation 4, al. b)).

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (<i>suite</i>)	1-22
G. Droits des preneurs de licence en général	1-6
H. Droits de certains preneurs de licence	7-14
I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence	15-19
J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire	20-21
K. Cession de rang	22

VI. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (*suite*)

G. Droits des preneurs de licence en général

1. La propriété intellectuelle est généralement mise sous licence. Dans ce cas, le donneur de licence peut utiliser les droits qu'il se réserve, comme le droit de propriété, les droits assimilés au droit de propriété et les droits découlant d'un accord de licence (comme le droit d'octroyer d'autres licences ou d'obtenir paiement des redevances), pour garantir un crédit. De même, le preneur de licence peut affecter en garantie d'un crédit son autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle ou son droit d'octroyer des sous-licences et d'obtenir paiement des redevances (dans les deux cas en accord avec l'accord de licence) (en ce qui concerne les types de biens grevés dans le contexte de la propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 13 à 36).

2. Selon le *Guide*, lorsque le propriétaire de la propriété intellectuelle a constitué une sûreté en faveur d'un créancier garanti, il peut quand même constituer une licence sur la propriété intellectuelle grevée tant qu'il reste propriétaire. Toutefois, selon les principes généraux du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (auxquels le *Guide* se conforme), il ne peut octroyer de

licence sur sa propriété intellectuelle grevée si le créancier garanti acquiert la propriété de la propriété intellectuelle avec le pouvoir d'octroyer les licences alors que la sûreté existe. Dans ce cas, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une licence octroyée par le propriétaire initial serait une licence non autorisée et le preneur de licence ou son créancier garanti n'obtiendrait rien conformément au principe *nemo dat*.

3. Si le propriétaire conserve la propriété, mais sa capacité à octroyer des licences est limitée par un accord conclu avec le créancier garanti (pour autant qu'un tel accord soit autorisé par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle), le propriétaire peut théoriquement octroyer une licence, mais le résultat serait normalement le même puisque l'octroi d'une licence par le propriétaire en violation de son accord avec le créancier garanti serait un cas de défaillance. Par conséquent, le créancier garanti du propriétaire pourrait réaliser sa sûreté et, exerçant les droits du propriétaire, vendre la propriété intellectuelle mise sous licence ou octroyer une autre licence libre de la licence préexistante (et de toute sûreté octroyée par le preneur de licence) puisque ce preneur de licence aurait normalement pris sa licence soumise à la sûreté du créancier garanti du propriétaire (voir recommandations 79 et 161 à 163). Ce dernier pourrait aussi réaliser sa sûreté en cas de défaillance en demandant à recevoir les redevances que le preneur de licence doit au donneur de licence. Si le bien grevé est formé par les droits du propriétaire, le créancier garanti peut recouvrer les redevances comme produit de la propriété intellectuelle grevée (voir recommandations 19, 39, 40, 100 et 168). Si le bien grevé est le droit qu'a le propriétaire, en tant que donneur de licence, de recevoir paiement des redevances, le créancier garanti peut recouvrer les redevances comme bien initialement grevé. Dans les deux cas, le créancier garanti peut recouvrer les redevances avant même la défaillance, mais uniquement s'il existe un accord à cet effet entre le propriétaire et son créancier garanti. En tout état de cause, si le preneur de licence a pris la propriété intellectuelle mise sous licence libre de la sûreté constituée par le propriétaire sur la propriété intellectuelle (c'est-à-dire, si le créancier garanti a autorisé l'octroi de la licence ou celle-ci est une licence non exclusive octroyée par le propriétaire dans le cours normal de ses affaires), il est bien évident que le preneur de licence pourrait conserver sa licence et que le créancier garanti pourrait uniquement demander à recevoir les redevances que le preneur de licence doit au propriétaire (voir recommandations 80, al. b), et 81, al. c)).

4. Si le preneur de licence constitue également une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence (par exemple, l'autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence), cette sûreté grèverait un bien différent (et non les droits du propriétaire). Si la sûreté constituée par le preneur de licence grevait le même bien, elle serait soumise à la sûreté constituée par le propriétaire (et rendue opposable aux tiers). La raison en est que le preneur aurait acquis ses droits soumis à la sûreté constituée par le propriétaire (voir recommandation 79) et qu'il n'aurait pu donner à son créancier garanti plus de droits qu'il n'en avait (conformément au principe *nemo dat*). Ainsi, si le créancier garanti du propriétaire réalisait sa sûreté et disposait de la propriété intellectuelle libre de la licence, cette dernière prendrait fin par cet acte de disposition et le bien grevé du preneur de licence cesserait d'exister. De même, que le propriétaire ait accordé ou non une sûreté à l'un de ses créanciers, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le propriétaire peut y mettre fin dans les limites du droit contenant des dispositions

ayant trait à la propriété intellectuelle et le créancier garanti du preneur serait, là encore, dépourvu de sûreté.

5. La loi sur les opérations garanties serait sans incidence sur les droits du donneur et du preneur découlant de l'accord de licence et du droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ainsi, si le preneur n'exécutait pas l'accord de licence, le donneur pourrait exercer tout droit existant pour y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait, là encore, dépourvu de sûreté. De même, la loi sur les opérations garanties ne s'appliquerait pas à un accord entre le donneur et le preneur interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences ou de céder au donneur ses droits au paiement des redevances que les preneurs lui doivent en tant que donneur de sous-licence.

6. Selon le *Guide*, en matière de droit des opérations garanties, la règle qui veut que le preneur d'une licence de propriété intellectuelle grevée acquière la licence soumise à une sûreté antérieure admet deux exceptions (voir recommandation 79): premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la mise sous licence libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. b)) et, deuxièmement, en cas de concession d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur (voir recommandation 81, al. c), et par. 8 à 10 ci-après).

H. Droits de certains preneurs de licence

7. Comme il a déjà été mentionné, la première exception au principe du *Guide* selon lequel un preneur de licence d'un bien grevé prend le bien soumis à la sûreté (voir recommandation 79) survient lorsque le créancier garanti a approuvé l'octroi, par le constituant, de licences libres de la sûreté (voir recommandation 80, al. b)). Ainsi, selon le *Guide*, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti pourra percevoir les redevances que le preneur doit au constituant en tant que donneur, mais non vendre la propriété intellectuelle mise sous licence libre des droits du preneur existant, ni octroyer une autre licence avec pour effet de mettre fin aux droits du preneur existant, tant que ce dernier exécute l'accord de licence.

8. La deuxième exception au principe énoncé dans la recommandation 79 est qu'une personne, qui s'est vu octroyer une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur sans savoir que cette licence violait les droits du créancier garanti sur la propriété intellectuelle mise sous licence, prend ses droits découlant de l'accord de licence libres d'une sûreté consentie antérieurement par le donneur (voir recommandation 81, al. c)). Il s'ensuit que, si le créancier garanti du donneur réalise la sûreté grevant la propriété intellectuelle mise sous licence, il pourra percevoir les redevances que le preneur doit au donneur mais non vendre la propriété intellectuelle mise sous licence libre des droits du preneur existant ni octroyer une autre licence, avec pour effet de mettre fin aux droits du preneur existant, tant que ce dernier exécute l'accord de licence. Cette règle est destinée à protéger les opérations légitimes quotidiennes, comme l'achat dans le commerce d'exemplaires de logiciels protégés par le droit d'auteur avec des accords de licence d'utilisateur final. Dans le cadre de ces opérations, les acquéreurs ne devraient pas avoir à faire de recherche dans un registre, ni acquérir le logiciel soumis aux sûretés constituées par son concepteur ou ses distributeurs.

9. L'alinéa c) de la recommandation 81 se fonde sur l'hypothèse que le constituant reste propriétaire de la propriété intellectuelle grevée. Ceci signifie que cet alinéa ne s'applique pas si, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le constituant n'est plus autorisé à octroyer une licence parce qu'il a transféré les droits du propriétaire au créancier garanti. En outre, cet alinéa ne modifie en rien la relation entre le donneur et le preneur et ne signifie pas que ce dernier obtiendrait une licence libre des clauses et conditions de l'accord de licence et des dispositions du droit applicable en la matière (et n'a pas d'incidence non plus sur les restrictions imposées dans l'accord de licence quant à la possibilité pour le preneur de conclure des accords de sous-licence). Enfin, ni cette recommandation, ni le *Guide* dans son ensemble ne font obstacle à l'application, dans les rapports entre le créancier garanti et le constituant/donneur (ou entre le donneur et son preneur), des dispositions exigeant du constituant/donneur qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie dans le cours normal de ses affaires une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti du donneur réalise sa sûreté.

10. Le créancier garanti peut décider de ne pas accorder de crédit avant d'avoir pu examiner et approuver les conditions des sous-licences. Il peut, par exemple, souhaiter s'assurer que les redevances attendues sont payées d'avance, qu'il est possible de mettre fin à la licence en cas de non-paiement des redevances et que la cession de sous-redevances est interdite. En outre, si le créancier garanti du donneur ne veut pas encourager les licences non exclusives, il peut, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger du constituant (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti réalise sa sûreté. De même, si le donneur ne veut pas que le preneur octroie des sous-licences, il peut prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constitue un manquement à l'accord de licence qui lui donnerait le droit de mettre fin à la licence. Aucune disposition du *Guide* n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier garanti et son emprunteur (ou entre le donneur et le preneur). Normalement, le créancier garanti n'aura aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur (et des preneurs) est d'octroyer des licences non exclusives et que le créancier garanti s'attend à ce que le constituant se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

11. Il ressort de la discussion précédente qu'un certain nombre de raisons font que le champ d'application de l'alinéa c) de la recommandation 81 est très limité. Premièrement, les créanciers garantis n'ont généralement pas intérêt à limiter la capacité d'un propriétaire/constituant à octroyer des licences sur sa propriété intellectuelle et à recevoir des redevances. En effet, un créancier garanti a normalement tout intérêt à autoriser la mise sous licence afin que le propriétaire/constituant puisse rembourser l'obligation garantie. Deuxièmement, du fait de sa formulation, l'alinéa c) ne s'applique qu'en cas de licence non exclusive, qui permet l'achat légitime direct dans le commerce de copies de logiciels protégés par le droit d'auteur ou les communautés de brevets utilisées en rapport avec du matériel et uniquement lorsque le titulaire de la licence ignore que celle-ci viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Ce type de licence peut être décrit sans faire référence au concept de "cours normal des affaires".

12. En outre, l'application de l'alinéa c) n'a que des effets très limités. L'efficacité, la priorité et l'opposabilité de la sûreté face aux réclamants concurrents (autres que le preneur de licence spécifique) selon le droit des opérations garanties ne sont pas affectées. Dans le même temps, l'alinéa est sans incidence sur les autres droits éventuellement conférés au créancier garanti par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple, les droits d'un propriétaire). L'étendue de ces droits ou voies de droit relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

13. Toutefois, le concept de "cours normal des affaires" est rarement utilisé en droit de la propriété intellectuelle et peut être source de confusion dans le contexte du financement de la propriété intellectuelle. Dans de nombreux États, il est appliqué une autre règle, qui prévoit qu'un preneur de licence d'une propriété intellectuelle grevée prend la licence soumise à une sûreté constituée par le donneur de licence, à moins que le créancier garanti (auquel le constituant a donné le droit d'autoriser des licences) n'ait autorisé l'octroi de la licence libre de la sûreté. Lorsqu'un État possède une telle règle, l'alinéa c) de la recommandation 81 ne s'applique pas (voir recommandation 4, al. b)). En conséquence, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé le constituant à octroyer des licences libres de la sûreté (ce qui se produit généralement lorsque le constituant se sert des redevances qu'il perçoit pour payer l'obligation garantie), le preneur de licence prendra la licence soumise à la sûreté. Ainsi, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti du donneur serait en mesure de réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence et de la vendre ou de la mettre sous licence libre de la licence. En outre, la sûreté obtenue par une personne de la part du preneur de licence ne sera pas efficace puisque ce dernier aura reçu une licence non autorisée et n'aura aucun droit de constituer une sûreté.

14. Si la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'aborde pas du tout cette question ou ne la traite pas d'une façon qui contredise l'alinéa c) de la recommandation 81, ce dernier s'appliquera dans les quelques cas et avec l'effet limité décrits ci-dessus (voir recommandation 4, al. b)).

[Note à l'intention du Groupe de travail: À sa quinzième session, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir une version révisée de la variante A de la présente recommandation avec un commentaire approprié. Cette recommandation révisée et le commentaire figurent ci-dessous. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les passages placés entre crochets sont nécessaires étant donné qu'ils énoncent une évidence. Il souhaitera peut-être aussi examiner s'il convient de conserver l'alinéa d), qui semble excessivement restrictif. Si le Groupe de travail décidait de le supprimer tout en l'estimant d'une certaine utilité, il pourrait envisager de l'inclure dans le commentaire en guise d'explication.]

Recommandation 244¹**Priorité des droits de certains preneurs de licence de propriété intellectuelle****Variante A**

La loi devrait prévoir que [dans les cas qui ne sont pas couverts par l'alinéa b) de la recommandation 80.] le droit d'un [utilisateur final] preneur de licence de propriété intellectuelle à utiliser ou exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence aux conditions de l'accord de licence n'est pas limité par la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle mise sous licence constituée par le donneur avant l'octroi de la licence, à condition que:

a) La licence soit octroyée par une partie qui, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, est autorisée à octroyer une licence sur la propriété intellectuelle concernée;

b) La licence ne soit pas exclusive;

c) La propriété intellectuelle mise sous licence et les droits et obligations découlant de l'accord de licence ne soient pas personnalisés pour le preneur;

d) La licence couvre les copies de logiciels protégés par le droit d'auteur ou les communautés de brevets utilisées en rapport avec du matériel; et

e) Au moment de la conclusion de l'accord de licence:

i) L'activité du donneur soit généralement d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle mise sous licence;

ii) Le donneur octroie des licences sur la propriété intellectuelle mise sous licence à des conditions substantiellement similaires à toute personne consentant à respecter ces conditions, et l'accord de licence soit conclu à ces conditions; et

iii) Le titulaire de licence ne sache pas que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

Commentaire

1. La présente recommandation est sans incidence sur:

a) L'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle mise sous licence, sa priorité par rapport à un réclamate concurrent autre qu'un preneur de licence, comme décrit dans la présente recommandation, ou les moyens de réalisation du créancier garanti qui sont sans incidence sur le droit du preneur d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence;

b) Le droit que le donneur peut avoir de mettre fin à la licence pour non-respect de l'accord de licence par le preneur; ou

¹ Si la présente recommandation devait être incluse dans le *Guide*, elle serait placée dans le chapitre sur la priorité d'une sûreté en tant que recommandation 81 *bis*. En tant que recommandation portant spécifiquement sur certains biens, elle modifierait l'alinéa c) de la recommandation 81, qui porte d'une manière générale sur les preneurs de licence non exclusive sur des biens incorporels.

c) *Les droits que possède un créancier garanti en tant que propriétaire selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.*

2. *On notera également que selon la présente recommandation, le preneur de licence peut consentir à ce qu'il soit dérogé à ses droits dans l'accord de licence ou autrement. Comme toute autre recommandation du Guide, la présente est également soumise à l'alinéa b) de la recommandation 4.*

3. *Les exemples suivants sont mentionnés pour clarifier les situations auxquelles la présente recommandation s'appliquerait et l'effet de son application. Dans chaque exemple, on assumera que:*

a) *Le propriétaire O possède la propriété intellectuelle;*

b) *O octroie une sûreté sur la propriété intellectuelle au créancier garanti SC;*

c) *La sûreté de O est opposable, conformément aux recommandations du Guide ou, selon l'alinéa b) de la recommandation 4, conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle;*

d) *SC n'a pas consenti, dans l'accord de sûreté ou autrement, à ce qu'un preneur de licence sur la propriété intellectuelle de O jouisse de ses droits libres de la sûreté de SC; et*

e) *Sauf indication contraire, l'opération satisfait à chaque disposition de la recommandation 244.*

4. *Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O, dont l'activité est d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle à des conditions substantiellement identiques à toute personne acceptant de se conformer à ces dernières, propose d'octroyer une licence sur la propriété intellectuelle au preneur L. Ce dernier conclut un accord de licence avec O à ces conditions. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle est protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté parce que la licence et l'opération répondent à chaque disposition de la recommandation 244. Toutefois, SC dispose encore des droits que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle lui confère éventuellement à l'encontre de L.*

5. *Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O octroie une licence sur la propriété intellectuelle à L. L'accord de licence prévoit que ce dernier peut uniquement octroyer des sous-licences sur la propriété intellectuelle pour des marchés éducatifs. L octroie une sous-licence pour un marché commercial à S. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Si, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la sous-licence octroyée à S n'est pas autorisée, le droit qu'a ce dernier d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté (et, puisque dans l'accord de licence, les droits et obligations vont de pair, L n'est plus lié par les obligations contenues dans l'accord de licence).*

6. *Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O octroie une licence sur la propriété intellectuelle à L. L'accord de*

licence prévoit que ce dernier a des droits exclusifs d'utiliser la propriété intellectuelle dans l'État Z. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence est exclusive.

7. *Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O, qui a pour activité d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle à des conditions substantiellement identiques à toute personne acceptant de se conformer à ces dernières, propose d'octroyer une licence sur la propriété intellectuelle à L à ces conditions. L refuse de conclure un accord de licence avec O à ces conditions. O octroie donc une licence sur la propriété intellectuelle à L en lui accordant davantage de droits sur la propriété intellectuelle que dans les licences qu'il propose généralement à d'autres. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence n'a pas été octroyée à des conditions substantiellement identiques que les autres licences sur la même propriété intellectuelle.*

8. *Avant que O et L ne concluent l'accord de licence, L découvre l'avis inscrit pour rendre la sûreté de SC opposable et demande, en conséquence, à voir une copie de la convention constitutive de sûreté auquel l'avis se rapporte. O fournit la convention à L. En la lisant, L découvre que la licence violerait les droits de SC, mais conclut néanmoins l'accord de licence avec O. Ce dernier n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 244 face à la réalisation par SC de sa sûreté parce que L savait que l'accord de licence violerait les droits de SC.*

9. *Une fois que SC a pris des mesures pour rendre sa sûreté opposable, O offre de mettre la propriété intellectuelle sous licence – mais uniquement aux parties qui ont déjà utilisé de ce type de propriété intellectuelle. O octroie une licence à L, qui possède cette expérience. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté parce que O n'a pas proposé la licence à des conditions substantiellement identiques aux personnes qui consentent à exécuter les obligations du preneur énoncées dans l'accord de licence conformément aux conditions énoncées.*

10. *Mêmes faits qu'au paragraphe 8 ci-dessus, sauf que O ne fournit pas de copie de la convention constitutive de sûreté à L et ce dernier, en conséquence, ne sait pas que la licence violerait les droits de SC. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour exécuter sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle est protégé par la recommandation 244 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence et l'opération satisfont à chaque disposition de ladite recommandation.*

11. *Une fois que SC a inscrit sa sûreté, O octroie une licence non exclusive à une communauté de brevets. Cette dernière octroiera une licence non exclusive à toute personne intéressée. SC réalise sa sûreté sur la propriété intellectuelle. La licence*

n'est pas annulée du fait de la réalisation, car elle-même et l'opération sont conformes à chaque disposition de la recommandation 244.

Variante B

La loi devrait prévoir que, si la convention constitutive de sûreté conclue entre un donneur de licence et son créancier garanti ne traite pas de la question de savoir si le donneur peut octroyer des licences sur la propriété intellectuelle grevée libérée de la sûreté, ce dernier est réputé y avoir été autorisé par le créancier garanti.]

I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

15. Le droit du donneur de licence à percevoir les redevances qui lui sont dues par le preneur en vertu d'un accord de licence n'est pas affecté par une sûreté que le preneur consentirait sur toutes les redevances pouvant lui être dues au titre d'un accord de sous-licence. Ce type de sûreté peut néanmoins avoir une incidence sur la capacité du preneur à payer le donneur si le premier est défaillant vis-à-vis de son créancier garanti, dans la mesure où celui-ci cherchera peut-être à percevoir lui-même les redevances découlant de la sous-licence. En outre, si le preneur, en paiement des redevances qu'il doit au donneur, cède à ce dernier le droit au paiement d'un pourcentage des sous-redevances qu'il obtiendra comme donneur de sous-licence de la part des preneurs de sous-licence, un conflit de priorité risque de survenir entre un créancier garanti du donneur et un créancier garanti du preneur. En pareil cas, si la cession des redevances dues au titre des sous-licences intervient avant qu'une licence ne soit octroyée et qu'une sûreté est constituée et rendue opposable par le preneur, ce dernier ne possède pas de droit sur ces redevances au moment où il constitue la sûreté et son créancier garanti prend donc sa sûreté grevant ces redevances soumise à la sûreté du créancier garanti du donneur. Si, toutefois, la cession intervient une fois la licence octroyée et qu'une sûreté est constituée et rendue opposable par le preneur sur toutes ses redevances futures, le donneur prend la cession soumise à la sûreté du créancier garanti du preneur et le créancier garanti du donneur prend donc également sa sûreté soumise à la sûreté du créancier garanti du preneur (voir recommandations 13 et 31).

16. L'exemple suivant permettra peut-être de faire comprendre le problème. A constitue une sûreté sur l'ensemble de ses biens ou redevances futurs au profit du créancier garanti SC1. Il obtient ensuite une licence sur la propriété intellectuelle de la part du donneur B et, en paiement des redevances qu'il doit à ce dernier, lui cède le droit au paiement d'un pourcentage des sous-redevances qui lui sont payables en tant que donneur de sous-licence. Le donneur de licence B constitue et rend opposable une sûreté sur ces redevances en faveur du créancier garanti SC2. Le créancier garanti SC1 du preneur A prévaudra puisque le donneur B a obtenu la cession des sous-redevances soumise à la sûreté du créancier garanti SC1 et que le créancier garanti SC2 ne peut avoir plus de droits que le donneur B.

17. Si, toutefois, le preneur B commence par constituer une sûreté sur son droit au paiement de redevances dues au titre des sous-licences puis cède au donneur A le droit au paiement d'un pourcentage de ces redevances, SC2 (le créancier garanti du

preneur) prévaudra. Le donneur dispose de nombreux moyens pour se protéger dans une telle situation. Il peut, par exemple, protéger ses droits: a) en faisant en sorte que son créancier garanti s'inscrive en premier dans le registre pertinent de la propriété intellectuelle ou en exigeant du créancier garanti du preneur qu'il conclue un accord de cession de rang avec son propre créancier garanti avant d'octroyer une licence; b) en interdisant au preneur d'octroyer une sûreté sur son droit au paiement de sous-redevances; c) en mettant fin à la licence lorsque le preneur a constitué une sûreté sur ses sous-redevances en violation d'une telle interdiction; ou d) en consentant à ce que tout sous-preneur lui verse directement ses redevances. Le *Guide* est sans incidence sur les accords de ce type conclus entre le donneur et le preneur, s'ils s'appliquent en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des obligations. En outre, le donneur pourrait exiger du preneur qu'il lui accorde une sûreté sur son droit au paiement des redevances dues au titre des sous-licences.

18. Ces mesures ne peuvent toutefois protéger le donneur que dans une certaine mesure car, par exemple, les droits sur la propriété intellectuelle grevée ne sont pas nécessairement soumis à inscription dans un registre de la propriété intellectuelle ou il peut ne pas être commercialement viable, pour le donneur, d'interdire l'octroi de sous-licences, de résilier l'accord de licence ou d'obtenir un accord de cession de rang. En outre, la priorité d'une sûreté constituée par le donneur et garantie sur une autre sûreté constituée par le preneur sur son droit au paiement de redevances dues au titre de sous-licences serait soumise aux règles générales expliquées précédemment (voir par. 15).

19. Lorsque le bien grevé est un bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle, il arrive, dans certaines circonstances, qu'une sûreté entre dans la catégorie des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Cela signifie qu'un créancier garanti d'un bailleur peut obtenir priorité sur le créancier garanti d'un preneur à bail, même si le créancier garanti du bailleur s'inscrit en second. Cependant, comme cela a été dit dans le chapitre sur la réalisation, cette sûreté greève le bien meuble corporel et non la propriété intellectuelle. Le droit du créancier garanti finançant l'acquisition de disposer des biens grevés en l'état (donc en y incluant l'application de la propriété intellectuelle sur ce bien grevé spécifique) est traité comme un problème de réalisation et, comme on le verra plus loin, est soumis soit à l'épuisement des droits du propriétaire de la propriété intellectuelle utilisée dans les biens meubles corporels grevés en question, soit à l'autorisation donnée au créancier garanti par le propriétaire des droits de disposer des biens grevés en l'état (voir ci-dessous A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 24 à 27).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, conformément aux pratiques commerciales et juridiques historiques de nombreux États, l'examen du financement d'acquisitions dans le Guide se limite aux biens corporels (autre que les instruments et documents négociables). Le Guide ne traite pas explicitement de la question de savoir si une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition s'étend au logiciel utilisé pour ces biens. Toutefois, selon le Supplément, ce résultat serait possible dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles une sûreté grevant des biens corporels s'étend à la propriété

intellectuelle utilisée à l'égard de ces biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 32 à 36).

On estime cependant que dans des économies modernes qui reposent sur le crédit, il serait utile que les mêmes règles s'appliquent aux sûretés qui garantissent les montants utilisés pour l'acquisition (mais non la création) de propriété intellectuelle. On estime aussi qu'on arriverait ainsi à instaurer une égalité de traitement entre les biens meubles corporels et les biens de propriété intellectuelle. Aussi le Groupe de travail est-il convenu d'examiner une proposition qui appliquerait les principes du Guide relatifs aux sûretés qui garantissent le paiement de l'acquisition de biens meubles corporels aux sûretés sur la propriété intellectuelle qui garantissent les sommes utilisées pour l'acquisition de cette dernière (voir A/CN.9/670, par. 89 à 93). Afin d'aider le Groupe de travail à examiner cette proposition, il a été préparé le texte suivant.

Dans certains systèmes juridiques, une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition d'un logiciel est possible mais uniquement si: a) la sûreté accompagne une sûreté sur un bien meuble corporel, b) le logiciel est acquis par le constituant par une opération intégrée à celle par laquelle il a acquis le bien meuble corporel, et c) le constituant acquiert le logiciel dans le principal but de l'utiliser dans le bien meuble corporel. Dans d'autres, il est possible pour un créancier garanti d'obtenir une sûreté grevant des biens meubles incorporels garantissant leur acquisition (y compris la propriété intellectuelle, que cette dernière soit ou non utilisée en rapport avec des biens meubles corporels). Dans d'autres encore, où la loi (par exemple un code civil) ne contient pas le concept de sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition, un résultat similaire peut être obtenu par une réserve de propriété, un crédit-bail ou un nantissement garantissant le prix de vente d'un bien meuble. Dans chaque cas, l'opération peut avoir trait à un bien meuble incorporel, même si c'est rarement le cas. Dans d'autres systèmes enfin, une "hypothèque" ou une "sûreté réelle classique" garantissant l'acquisition de la propriété intellectuelle est possible et peut prévaloir sur une "sûreté flottante" préexistante.

Les règles du Guide qui concernent les sûretés grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition pourraient être rendues applicables à des droits similaires sur la propriété intellectuelle:

a) En prévoyant que ces sûretés peuvent être constituées sur la propriété intellectuelle comme sur des biens meubles corporels;

b) Dans les cas où la propriété intellectuelle qui fait l'objet d'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition est détenue par le constituant à des fins de vente, de location ou de mise sous licence dans le cours normal de ses affaires, en traitant la sûreté comme une sûreté grevant des stocks garantissant le paiement de l'acquisition de ces derniers;

c) Dans les cas où la propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition est utilisée par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques, ou lorsque telle est son intention, en traitant la sûreté comme une sûreté sur des biens de consommation garantissant le paiement de l'acquisition de ces derniers;

d) Dans les cas où la propriété intellectuelle grevée d'une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition n'est pas détenue par le constituant à des fins de vente, de location ou de mise sous licence dans le cours normal de ses affaires ou en vue d'être utilisée à des fins personnelles, familiales ou domestiques, en traitant la sûreté comme une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de l'acquisition de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation;

e) En supprimant les références à la possession et la livraison du bien meuble corporel.

Terminologie et recommandations

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les propositions terminologiques (à ajouter à la partie terminologique du Supplément) et les recommandations (à ajouter à un nouveau chapitre du Supplément sur le financement d'acquisitions) suivantes:

Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" inclut également une sûreté sur la propriété intellectuelle et une licence sur la propriété intellectuelle, à condition que la sûreté garantisse l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat du bien grevé ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d'acquérir le bien grevé.

Le terme "biens de consommation", aux fins du Supplément, inclut la propriété intellectuelle ou une licence utilisée ou destinée à l'être à des fins personnelles, familiales ou domestiques par le constituant.

Le terme "stocks", aux fins du Supplément, inclut la propriété intellectuelle ou une licence utilisée ou destinée à l'être par le constituant en vue de la vente ou de la mise sous licence dans le cours normal de ses affaires.

1. La loi devrait prévoir que toutes les références aux sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition font également référence à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition ou à une licence sur la propriété intellectuelle.
2. La loi devrait prévoir que si la propriété intellectuelle ou une licence sur la propriété intellectuelle qui est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est détenue pour la vente ou la mise sous licence dans le cours normal des affaires du constituant, la sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition.
3. La loi devrait prévoir que si la propriété intellectuelle ou une licence sur la propriété intellectuelle qui est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est utilisée ou destinée à l'être par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques, la sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.
4. La loi devrait prévoir que si la propriété intellectuelle ou une licence sur la propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du

paiement d'une acquisition, toute référence faite dans ces recommandations à la possession du bien grevé par le créancier garanti ne s'applique pas.

5. *La loi devrait prévoir que si la propriété intellectuelle ou une licence sur la propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière garantissant l'acquisition, toute référence faite dans ces recommandations au moment de la possession du bien grevé par le constituant renvoie au moment où le constituant obtient la propriété intellectuelle grevée ou la licence.*

6. *La loi devrait prévoir que si la propriété intellectuelle ou une licence sur la propriété intellectuelle est soumise à une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, toute référence faite dans ces recommandations au moment de la livraison du bien grevé au constituant renvoie au moment où le constituant obtient la propriété intellectuelle grevée ou la licence.*

Exemples

Les exemples suivants ont été préparés pour aider le Groupe de travail à examiner la proposition. Dans tous ces exemples, le propriétaire ou un deuxième créancier garanti finançant l'acquisition de la propriété intellectuelle ou d'une licence sur la propriété intellectuelle possède une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition avec une priorité spéciale dans les conditions décrites dans les exemples.

Sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en garantie du prix d'achat de la propriété intellectuelle (autre que des stocks ou des biens de consommation)

1. *B octroie une sûreté sur tous ses biens meubles présents ou futurs à SC, qui accomplit les démarches nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B acquiert auprès de O un brevet qu'il utilisera dans ses activités. Conformément à l'accord conclu entre B et O, B consent à payer à terme le prix d'achat à O et B octroie à O une sûreté réelle mobilière sur le brevet pour garantir son obligation de payer le prix d'achat. O rend sa sûreté opposable dans un court laps de temps, 20 à 30 jours à partir du moment où B a obtenu le brevet. La sûreté de O est une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC (voir recommandation 180, variante A, al. a), ou variante B, al. b)). Le fait que la priorité de la sûreté de O s'étende au produit du brevet sous la forme de créances dépendra de la version de la recommandation 185 qu'un État adopte. Dans la variante A, la priorité de la sûreté de O s'étend aux autres créances (voir recommandation 185, variante A, al. a)). Dans la variante B, la sûreté de O sur les créances aurait uniquement la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition (voir recommandation 185, variante B).*

Sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle en garantie du prix d'achat de la propriété intellectuelle (stocks)

2. *B octroie une sûreté sur tous ses biens présents et futurs à SC1, qui prend les mesures nécessaires pour rendre la sûreté opposable. Par la suite, B acquiert auprès de O un brevet afin d'octroyer sur ce brevet une licence à un tiers dans le cours normal de ses affaires. B obtient l'argent nécessaire pour payer le prix d'achat à O en empruntant l'argent à SC2, auquel B octroie une sûreté sur le brevet*

pour garantir l'obligation de remboursement de B. Avant que B n'obtienne le brevet, SC2: a) prend les mesures nécessaires pour rendre la sûreté opposable, et b) notifie à SC1 qu'il possèdera une sûreté réelle mobilière en garantie de l'acquisition. La sûreté de SC2 est une sûreté réelle mobilière en garantie de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC1 (voir recommandation 180, variante A, al. b), ou variante B, al. b)). Selon la variante A, ce résultat est atteint par la recommandation 180, alinéa b), qui exige tous les faits énumérés dans cet exemple. Dans la variante B, le résultat est le même. Selon cette variante, en effet, la sûreté de SC2 aurait priorité sur la sûreté de SC1 pour autant que SC2 prenne les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable dans un court laps de temps, par exemple 20 à 30 jours à partir du moment où B a obtenu le brevet, sans qu'il soit nécessaire de notifier SC1. La priorité de la sûreté de SC2 ne s'étend pas aux produits du brevet sous forme de créances (voir recommandation 185). Il en est ainsi quelle que soit la variante de la recommandation 185 qu'un État adopte. Selon la variante A, ce résultat est obtenu par la recommandation 185, alinéa b). Selon la variante B, il est obtenu par la recommandation 185.

Sûreté réelle mobilière grevant une licence de propriété intellectuelle en garantie du prix d'achat de la licence (autre que des stocks ou des biens de consommation)

3. B a octroyé une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de ses biens mobiliers présents et futurs à SC, qui a pris les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B obtient de la part de O une licence pour utiliser un brevet détenu par O sur l'activité de B. B consent à payer à terme la redevance de la licence à O et constitue au profit de O une sûreté sur les droits de B comme preneur de licence pour garantir l'obligation de paiement de B. O rend cette sûreté opposable dans un délai de xx jours à partir du moment où B a obtenu la licence. La sûreté réelle mobilière que possède O sur les droits que possède B en vertu de l'accord de licence est une sûreté en garantie de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC (voir recommandation 180, variante A, al. a), ou variante B, al. b)). Le fait que la priorité de la sûreté de O s'étende aux produits des droits de B comme preneur de licence sous la forme de créances dépendra de la version de la recommandation 185 que l'État adopte. Selon la variante A, la priorité de la sûreté de O se transmet aux créances (voir recommandation 185, variante A, al. a)). Selon la variante B, la sûreté de O sur les créances aurait uniquement la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition (voir recommandation 185, variante B). On notera que les droits que détient O en vertu de sa sûreté sont distincts des droits qu'il détient en vertu de l'accord de licence de résilier cet accord en cas du non-respect par B des obligations qu'il a contractées en vertu de l'accord.

Sûreté réelle mobilière grevant une licence de propriété intellectuelle en garantie du prix d'achat de la licence (stocks)

4. B constitue une sûreté sur l'ensemble de ses biens mobiliers présents et futurs au profit de SC1, qui prend les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable. Par la suite, B obtient de O, propriétaire d'un brevet, une licence afin d'octroyer à des tiers une sous-licence sur ce brevet dans le cours normal de ses affaires. B obtient l'argent nécessaire pour payer la redevance de la licence en empruntant de l'argent à SC2, au profit duquel il constitue une sûreté sur ses droits de preneur de licence pour garantir son obligation de remboursement. Avant que B n'obtienne la licence, SC2: a) prend les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté

opposable, et b) notifiée à SC1 qu'il aura une sûreté réelle mobilière garantissant l'acquisition. La sûreté de SC2 est une sûreté réelle mobilière en garantie de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC1 (voir recommandation 180, variante A, al. b), ou variante B, al. b)). La priorité de la sûreté de O ne s'étend pas aux produits de la licence sous forme de créances (voir recommandation 185, variante A ou B). Il en est ainsi, quelle que soit la variante de la recommandation 185 qu'un État adopte. Selon la variante A, ce résultat est obtenu par l'alinéa b). Selon la variante B, il est obtenu par la recommandation 185.]

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

20. Le *Guide* recommande qu'une sûreté qui a été rendue opposable avant qu'un créancier judiciaire n'ait obtenu des droits sur le bien grevé ait priorité sur le droit de ce créancier. Toutefois, si un créancier chirographaire a obtenu un jugement à l'encontre du constituant et a pris les mesures nécessaires en vertu de la loi régissant l'exécution des jugements pour acquérir des droits sur les biens grevés avant que la sûreté n'ait été rendue opposable, le droit du créancier judiciaire est prioritaire (voir recommandation 84).

21. Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle (sous réserve du principe énoncé à la recommandation 4, al. b)). Dans ce cas, il se peut que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit que le créancier judiciaire ait à obtenir un transfert de la propriété intellectuelle et qu'un document ou avis relatif à cette dernière doive être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle pour que le créancier judiciaire obtienne priorité. Si ce transfert intervient avant qu'une sûreté n'ait été rendue opposable, conformément tant à la loi recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 13) qu'au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (*nemo dat*), le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée prendra ladite propriété libre de la sûreté.

K. Cession de rang

22. Le *Guide* reconnaît le principe de la cession de rang (voir recommandation 94), qui veut pour l'essentiel que les réclamants concurrents puissent modifier par convention l'ordre de priorité de leurs droits concurrents sur un bien grevé à condition que les droits des tiers ne soient pas affectés. Ce principe s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle.

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle	1-5
A. Application du principe de l'autonomie des parties	1
B. Préservation de la propriété intellectuelle grevée	2-5
VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle	6-7
IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	8-32
A. Recouvrements entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle	8-11
B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle	12-13
C. Prise de "possession" des documents nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	14-15
D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée	16-17
E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée	18-20
F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée	21
G. Recouvrement de redevances et droits de licence	22
H. Autres droits contractuels du donneur de licence	23
I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle	24-27
J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence	28-32

VII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 5, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 19 à 22, A/CN.9/670, par. 96 à 103, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 62 et 63, A/CN.9/667, par. 104 à 108, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 26 à 30, et A/CN.9/649, par. 57 à 59.]

A. Application du principe de l'autonomie des parties

1. À quelques exceptions près, le *Guide* reconnaît généralement aux parties à la convention constitutive de sûreté la liberté d'adapter cette dernière à leurs besoins pratiques (voir recommandation 10). Le principe de l'autonomie des parties s'applique également aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, sous réserve des limites particulières qui pourraient être prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, sauf disposition contraire de ce dernier, un propriétaire qui est un constituant et son créancier garanti peuvent convenir que: a) le créancier garanti peut exercer certains droits du propriétaire (comme de traiter avec les autorités et de renouveler l'inscription, ou de poursuivre les auteurs d'atteintes; voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 23); b) le constituant ne peut pas octroyer de licences (en particulier exclusives) sans le consentement du créancier garanti; ou c) le créancier garanti peut recouvrer les redevances dues au constituant en tant que donneur de licence avant même la défaillance du constituant-donneur.

B. Préservation de la propriété intellectuelle grevée

2. Selon la loi sur les opérations garanties, la partie en possession d'un bien grevé doit prendre des mesures raisonnables pour le conserver (voir recommandation 111). Des règles similaires s'appliquent à la propriété intellectuelle. Par exemple, le constituant a l'obligation de traiter avec les autorités, de poursuivre les auteurs d'atteintes et de renouveler les inscriptions. Dans certains États, le droit relatif aux brevets prévoit que le propriétaire d'un brevet ne peut pas annuler ou limiter le brevet grevé sans le consentement du créancier garanti.

3. En outre, selon la loi sur les opérations garanties, le créancier garanti devrait être en mesure de convenir avec le propriétaire de la propriété intellectuelle qu'il sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée en traitant avec les autorités, en poursuivant les auteurs d'atteintes ou en renouvelant les inscriptions, même avant défaillance du propriétaire-constituant, sous réserve que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise pas. Autrement, le bien grevé pourrait perdre sa valeur, si le propriétaire de la propriété intellectuelle grevée n'exerçait pas ses droits en temps voulu. Ce résultat pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Cette approche n'affecterait pas les droits du propriétaire étant donné que son consentement serait nécessaire. De même, elle n'interfererait pas avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle puisqu'une telle convention serait nulle et non avenue si elle

était conclue en violation de la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Naturellement, les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être examiner leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si de telles conventions devraient être autorisées, étant donné que cela pourrait faciliter l'utilisation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

4. De plus, à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise, le créancier garanti devrait pouvoir demander au propriétaire qui est un constituant de lui permettre de protéger la valeur de la propriété intellectuelle grevée, par exemple en renouvelant l'inscription ou en poursuivant les auteurs d'atteintes. La propriété intellectuelle grevée pourrait sinon perdre de la valeur; une telle conséquence pourrait avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

5. Si le propriétaire-constituant accède à cette demande, le créancier garanti sera autorisé à exercer ces droits avec son consentement explicite; si le propriétaire-constituant ne répond pas, le créancier garanti sera en droit d'exercer ces droits avec son consentement implicite; si, enfin, le propriétaire-constituant rejette la demande, le créancier garanti ne sera pas en droit d'exercer ces droits. Si, en outre, le constituant ne poursuit pas les auteurs d'atteintes ou ne renouvelle pas les inscriptions, le créancier garanti pourra considérer que ce manquement est constitutif d'une défaillance, comme le décrit la convention constitutive de sûreté, et pourra réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle grevée. Il convient de rappeler que ces résultats ne feront pas obstacle à l'application du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle puisque l'alinéa b) de la recommandation 4 renverrait à ce droit en cas de contradiction.

Recommandation 245¹

Variante A

La loi devrait prévoir que le constituant d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle et son créancier garanti peuvent décider qui pourra préserver la propriété intellectuelle grevée et, par exemple, traiter avec les autorités, poursuivre les auteurs d'atteintes ou renouveler les inscriptions de la propriété intellectuelle grevée, et convenir des circonstances dans lesquelles le créancier garanti serait autorisé à agir de la sorte.

Variante B

La loi devrait prévoir que si, conformément à une autre loi, le constituant d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle et son créancier garanti peuvent décider que ce dernier est [en droit] [obligé] de préserver le bien grevé et, par exemple, de traiter avec les autorités, de poursuivre les auteurs d'atteintes ou de renouveler les inscriptions de la propriété intellectuelle grevée, et convenir des circonstances dans lesquelles le créancier garanti peut agir de la sorte, rien dans la loi n'empêche le constituant et le créancier garanti de le faire.

¹ Dans l'éventualité où la présente recommandation serait incluse dans le *Guide*, elle serait placée dans le chapitre sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté en tant que recommandation 116 *bis*.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'à sa quinzième session, il avait demandé au Secrétariat de préparer une autre recommandation inspirée de la variante B (voir A/CN.9/670, par. 101 et 103). Il souhaitera peut-être noter que la principale différence entre les variantes A et B tient au fait que la variante A prévoit que la loi sur les opérations garanties garantit l'autonomie des parties, alors que la variante B prévoit que le droit des opérations garanties ne limite pas l'autonomie des parties si elle est prévue par une loi autre que celle relative aux opérations garanties. Si le Groupe de travail décide de conserver la variante B, il souhaitera peut-être déterminer si la préservation du bien grevé devrait être formulée comme droit ou comme obligation.*]

VIII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 6 et 7, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 23, A/CN.9/670, par. 104, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 64, A/CN.9/667, par. 109, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 32, et A/CN.9/649, par. 60*]

6. Lorsqu'un donneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur au titre de l'accord de licence, ce dernier (en tant que débiteur du droit cédé) serait un tiers débiteur au sens du *Guide* et ses droits et obligations seraient ceux d'un débiteur d'une créance. De même, lorsqu'un preneur de licence cède son droit au paiement des redevances dues par le preneur d'une sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur au sens du *Guide*.

7. Ainsi, par exemple, lorsqu'un cessionnaire réclame le droit au paiement de redevances, un preneur de licence qui est débiteur de la créance cédée peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord 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 donneur. En outre, le preneur peut opposer au cessionnaire du droit au paiement de redevances tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession. Toutefois, une défense ou un droit à compensation que le preneur pourrait invoquer en vertu d'une loi autre que celle relative aux opérations garanties pour non-respect d'un accord conclu avec le donneur par lequel ce dernier s'engage à ne pas céder ses droits au paiement de redevances ne peut être invoqué(e) par le preneur contre le cessionnaire (voir recommandation 120). La présente recommandation est également soumise au principe de primauté du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4.

IX. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 8 à 32, voir A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.3, par. 24 à 48, A/CN.9/670, par. 105 à 114, A/CN.9/*

WG.VI/WP.35/Add.1, par. 65 à 89, A/CN.9/667, par. 110 à 123, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 35 à 44, et A/CN.9/649, par. 61 à 73.]

A. Recouvrements entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

8. Les États ne prévoient généralement pas, dans leur loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de moyens spécifiques de réalisation pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le droit général des opérations garanties s'applique normalement à la réalisation de ces sûretés. Lorsque la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États traite effectivement de la réalisation des sûretés grevant différents types de propriété intellectuelle, elle ne fait que greffer les régimes de réalisation des sûretés existants sur le régime qui régit la propriété intellectuelle. En conséquence, les États qui adopteront les recommandations du *Guide* se contenteront normalement de remplacer le régime de réalisation antérieur découlant, par exemple, d'un code civil et d'un code de procédure civile, du droit commun des charges flottantes et fixes, d'une loi sur les hypothèques ou d'une autre loi générale relative à la réalisation, selon le cas, par le régime de réalisation que recommande le *Guide*.

9. Cette approche de la réalisation des sûretés s'applique non seulement à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur ou marque, par exemple), mais aussi aux autres droits qui naissent de ces types de propriété intellectuelle. Partant, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, des biens tels que les redevances et droits de licence sont traités comme des créances et sont soumis au régime de recouvrement des créances recommandé dans le *Guide* pour les cessions de créances (comme les transferts purs et simples, les transferts à titre de garantie et les sûretés). De même, les autres droits contractuels d'un donneur de licence ou de sous-licence à l'égard du preneur de licence ou de sous-licence seront également régis par le droit général des obligations d'un État, et les sûretés sur ces droits seront réalisées en vertu du droit général des opérations garanties de cet État. Ici encore, les droits d'exploitation d'un preneur de licence ou de sous-licence sont traités de la même manière que les droits d'un preneur à bail ou d'un acheteur, et sont régis par le droit général des obligations d'un État, sauf en ce qui concerne les questions d'inscription (lorsqu'elles sont spécifiquement mentionnées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

10. Les États incorporent parfois des règles de procédure spéciales sur la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans la loi contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En outre, les normes générales de procédure prévues par la loi sur les opérations garanties d'un État pourront se voir accorder une teneur spécifique dans le contexte de la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle. Ainsi, par exemple, la détermination de ce qui est commercialement raisonnable lorsque le bien grevé est un droit de propriété intellectuelle pourra dépendre du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. La définition de ce critère peut fort bien varier d'un État à l'autre, ainsi que d'un régime de la propriété intellectuelle à l'autre. Le *Guide* reconnaît cette spécificité procédurale: lorsque des règles de procédure s'appliquent

spécifiquement aux sûretés sur la propriété intellectuelle et imposent aux parties des obligations supérieures à celles énoncées dans le régime de réalisation prévu par le *Guide*, elles s'appliqueront, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, en lieu et place des recommandations générales du *Guide*. Bien entendu, si ces règles de procédure et définitions s'appliquent également aux sûretés sur des biens autres que la propriété intellectuelle, elles seront remplacées par les recommandations du *Guide* dans les États qui les adopteront.

11. Quant aux droits fondamentaux des créanciers garantis en matière de réalisation, il n'existe, une fois qu'un État adopte les recommandations du *Guide*, aucune raison d'élaborer des principes différents ou inhabituels pour régir la réalisation des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Le *Guide* ne fait que recommander un régime plus efficace et plus transparent permettant à un créancier garanti de réaliser ses droits, sans aucunement limiter les prérogatives que le propriétaire de la propriété intellectuelle peut exercer pour protéger ses droits contre toute atteinte ou recouvrer des redevances auprès d'un preneur de licence ou de sous-licence. Comme le souligne le chapitre du Supplément consacré à la constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 9), le créancier garanti ne peut jamais obtenir de sûreté sur plus de droits que ceux dont le constituant jouit au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou de l'acquisition, par le constituant, des droits sur le bien grevé ou du pouvoir de grever ce dernier (voir recommandation 13).

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant différents types de propriété intellectuelle

12. Le *Guide* expose en détail un régime pour la réalisation des sûretés grevant différents types de biens. Il part du principe que les voies de droit doivent être conçues de manière à garantir la réalisation la plus efficace tout en assurant une protection appropriée des droits du constituant et des tiers. Ce principe et cette approche devraient s'appliquer de la même façon à la réalisation des sûretés sur les diverses catégories de propriété intellectuelle. Actuellement, la loi de la plupart des États reconnaît une grande diversité de droits attachés à la propriété intellectuelle, notamment:

- a) La propriété intellectuelle elle-même;
- b) Les créances naissant d'un accord de licence;
- c) Les autres droits contractuels acquis par le donneur en vertu d'un accord de licence;
- d) Les droits acquis par le preneur de licence en vertu d'un accord de licence;
- e) Les droits du propriétaire de la propriété intellectuelle, du donneur de licence et du preneur de licence sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle utilisée.

13. Les éléments du régime de réalisation recommandé par le *Guide*, et applicable à chacun de ces différents droits sur la propriété intellectuelle, seront examinés séparément dans les sections ci-après.

C. Prise de “possession” des documents nécessaires à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

14. Le droit qu’a le créancier garanti de prendre possession du bien grevé conformément aux recommandations 146 et 147 du *Guide* ne vaut généralement pas si le bien grevé est un bien meuble incorporel tel que la propriété intellectuelle (car le terme “possession”, tel qu’il est défini dans le *Guide*, désigne la possession effective; voir Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l’interprétation). Ces deux recommandations ne traitent que de la prise de possession de biens meubles corporels. Cependant, conformément au principe général de réalisation extrajudiciaire, le créancier garanti devrait être autorisé à prendre possession de tout document nécessaire à la réalisation de sa sûreté lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Un tel droit sera généralement prévu dans la convention constitutive de sûreté. Lorsque les documents sont nécessaires pour la réalisation de la sûreté grevant la propriété intellectuelle, le créancier devrait pouvoir en prendre possession qu’ils soient ou non expressément désignés comme biens grevés dans la convention constitutive.

15. On pourrait penser que, lorsqu’il prend possession d’un bien meuble corporel qui est produit au moyen de la propriété intellectuelle ou dans lequel est incorporée une puce contenant un programme produit au moyen de la propriété intellectuelle, le créancier garanti prend également possession de la propriété intellectuelle grevée. Ce n’est pas le cas. Il importe de délimiter correctement l’assiette de la sûreté. Même si de nombreux biens meubles corporels, qu’il s’agisse de matériel ou de stocks, peuvent être produits par exploitation d’un droit de propriété intellectuelle tel qu’un brevet, la sûreté greève le bien meuble corporel et ne greève pas, en l’absence de clause spécifique en ce sens dans la convention constitutive de sûreté, la propriété intellectuelle utilisée pour le produire (il s’agit, en l’occurrence, d’une utilisation conforme à l’autorisation donnée par le propriétaire ou par un autre donneur de licence; si l’utilisation n’est pas autorisée, les produits ne le sont pas non plus et le créancier garanti peut se trouver en infraction). Ainsi, le créancier garanti pourra, conformément aux recommandations du *Guide*, prendre possession d’un bien meuble corporel tel qu’un disque compact ou un disque vidéo numérique et exercer son droit à réalisation sur ces disques. S’il souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre ou de mettre sous licence la propriété intellectuelle, ou d’en disposer d’une façon ou d’une autre, le droit de vente, de concession de licences ou de disposition), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté conclue avec le propriétaire de la propriété intellectuelle.

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

16. Aux termes du *Guide*, le créancier garanti peut, en cas de défaillance du constituant, disposer de la propriété intellectuelle grevée ou en autoriser l’exploitation sous licence, mais toujours dans les limites des droits du constituant. Ainsi, si le constituant est le propriétaire, le créancier garanti devrait, en principe, pouvoir vendre la propriété intellectuelle grevée sur laquelle il a obtenu une sûreté, en disposer d’une manière ou d’une autre, ou la mettre sous licence. Si, cependant,

le constituant avait précédemment accordé une licence exclusive à un tiers libre de la sûreté, en cas de défaillance, le créancier garanti ne pourra pas accorder une autre licence, car le constituant ne possédait pas ce droit lorsque le créancier garanti a acquis sa sûreté (*nemo dat quod non habet*). Il en serait autrement si, par exemple, le constituant octroyait une licence exclusive géographiquement limitée. Dans ce cas, le créancier garanti pourrait éventuellement octroyer une autre licence en dehors des limites géographiques de la licence exclusive octroyée par le constituant.

17. Dans le cas ci-dessus, selon le *Guide*, le créancier garanti n'acquiert pas la propriété intellectuelle sur laquelle il réalise sa sûreté. Il dispose en fait de la propriété intellectuelle grevée (en la cédant ou en concédant une licence ou une sous-licence) au nom du constituant. Tant que le cessionnaire ou le preneur de licence (selon le cas) qui acquiert les droits suite à la réalisation par disposition n'inscrit pas d'avis (ou autre document) relatif à ses droits sur le registre approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits), le constituant demeure, sur le registre, le propriétaire de la propriété intellectuelle en question.

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

18. Dans le *Guide*, les droits sur la propriété intellectuelle acquis par disposition judiciaire seraient régis par la loi applicable à l'exécution des décisions de justice. En cas de disposition extrajudiciaire conformément aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, le premier point à noter est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence obtient ses droits directement du constituant. Le créancier garanti qui choisit d'exercer ses droits de cette manière ne devient pas propriétaire des droits du fait de cette réalisation, à moins que le créancier garanti n'acquière la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution de l'obligation garantie ou lors d'une vente en réalisation (voir, par exemple, les recommandations 148 et 156).

19. Le deuxième point est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ne pourrait obtenir que les droits effectivement grevés par la sûreté du créancier procédant à la réalisation. Aux termes du *Guide*, le bénéficiaire ou le preneur obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur. De même, un bénéficiaire de transfert ou preneur de licence de bonne foi qui acquiert un droit sur la propriété intellectuelle conformément à une disposition extrajudiciaire qui n'est pas conforme aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur (voir les recommandations 161 à 163).

20. Une sûreté sur un bien meuble corporel s'étend aux biens qui y sont attachés et peut être réalisée sur ces biens (voir recommandations 21 et 166). Pour que la sûreté couvre également les biens produits ou fabriqués à partir des biens grevés, la convention constitutive de sûreté dispose généralement de manière expresse que la sûreté s'étend à ces biens manufacturés. Lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, il importe de déterminer si le bien dont il est disposé au profit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de la licence est simplement la propriété intellectuelle telle qu'elle existait au moment où la sûreté est devenue opposable ou cette propriété intellectuelle telle qu'elle a été améliorée par la suite

(perfectionnement d'un brevet, par exemple). Généralement, les lois contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traitent ces améliorations comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Partant, le créancier garanti prudent qui souhaite que les améliorations soient grevées par la sûreté devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien grevé de façon que ces améliorations soient directement grevées.

F. Proposition du créancier garanti de se faire attribuer la propriété intellectuelle grevée

21. En vertu du régime de réalisation recommandé dans le *Guide*, le créancier garanti a la faculté de proposer au constituant d'acquérir ses droits à titre d'exécution de l'obligation garantie. Si le constituant est propriétaire de la propriété intellectuelle, le créancier garanti peut lui-même devenir le propriétaire de la manière prévue par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, à condition que le constituant et ses créanciers ne s'y opposent pas (voir recommandations 156 à 159). Dans le cas où le propriétaire aurait donné l'autorisation d'exploiter sa propriété intellectuelle à un preneur de licence qui a acquis ses droits découlant d'un accord de licence libres des droits du créancier garanti réalisant sa sûreté, lorsque ce dernier acquiert la propriété intellectuelle des mains du constituant, il acquiert celle-ci sous réserve de la licence de rang supérieur en vertu du principe *nemo dat*. Une fois qu'un créancier garanti devient le propriétaire de la propriété intellectuelle, ses droits et obligations sont régis par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle applicable. Il se pourrait, notamment, qu'il doive inscrire un avis ou un document confirmant qu'il a acquis la propriété intellectuelle pour bénéficier des droits d'un propriétaire ou pour obtenir toute priorité correspondante. Enfin, le créancier garanti qui acquiert la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie obtiendrait celle-ci libre de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur (voir recommandation 161).

G. Recouvrement de redevances et droits de licence

22. Aux termes du *Guide*, lorsque le bien grevé est le droit de recevoir paiement de redevances ou d'autres droits en vertu d'un accord de licence, le créancier garanti devrait être autorisé à réaliser la sûreté en recouvrant simplement ceux-ci après défaillance et notification à la personne redevable (voir recommandation 168). Dans tous ces cas, le droit au paiement de redevances et d'autres droits de licence est, aux fins de la loi sur les opérations garanties, une créance (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 22 à 29). Ainsi, les droits et obligations des parties seront régis par les principes qui s'appliquent aux créances dans la Convention des Nations Unies sur la cession et dans le *Guide*. Ici encore, le créancier garanti qui a pris une sûreté sur le droit au paiement de redevances actuelles et futures ne pourra exercer que les droits à paiement dont jouissait le constituant (donneur de licence) au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou lorsqu'il a acquis les droits sur la créance grevée ou le pouvoir de grever cette dernière (voir recommandation 13). En outre, sous réserve d'une disposition contraire du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir

recommandation 4, al. b)), les droits du créancier garanti à percevoir des redevances l'autorisent à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement des redevances ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière (voir recommandation 169).

H. Autres droits contractuels du donneur de licence

23. Outre le droit de percevoir des redevances, le donneur prévoira généralement d'autres droits contractuels dans son accord avec le preneur de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 21). Il pourra s'agir, par exemple, du droit de limiter le droit du preneur de licence d'octroyer des sous-licences, d'interdire la constitution de sûretés par le preneur sur ses droits découlant de l'accord, y compris le droit de mettre fin à l'accord de licence dans certaines conditions. Le donneur de licence conserve ces droits si la sûreté grève le seul droit au paiement de redevances. Toutefois, si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur ces autres droits du donneur, ces derniers devront être inclus dans la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. On notera également que si le créancier garanti réalise sa sûreté et prend la propriété intellectuelle grevée et mise sous licence soumise à une licence, il sera tenu, par le droit des contrats, de se conformer à l'accord de licence.

I. Réalisation de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée la propriété intellectuelle

24. En principe, sauf lorsque le "principe d'épuisement" s'applique, le propriétaire de la propriété intellectuelle a la faculté de contrôler les modalités et le lieu de la vente des biens meubles corporels en rapport avec lesquels la propriété intellectuelle est utilisée (avec, bien entendu, son autorisation). Ainsi, lorsque le droit de propriété intellectuelle concerné n'a pas été épuisé, le créancier garanti devrait pouvoir disposer des biens en cas de défaillance, s'il obtient l'autorisation du propriétaire. Dans ces deux cas, on part du principe que la convention constitutive de sûreté ne grève pas le droit de propriété intellectuelle lui-même.

25. Comme il n'existe aucune définition universelle du "principe d'épuisement" (souvent appelé "épuisement des droits" ou "principe de première vente"), le Supplément le mentionne non pas en tant que concept universel, mais tel qu'il est compris dans chaque État. Néanmoins, lorsque ce principe s'applique conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, l'idée de base est qu'un propriétaire de propriété intellectuelle perdra ou "épuisera" certains d'entre eux lorsque des conditions spécifiques sont remplies, comme la première vente ou mise sur le marché du produit incorporant la propriété intellectuelle. Par exemple, la possibilité pour le propriétaire d'une marque de contrôler les ventes en aval d'un produit portant sa marque est généralement "épuisée" après la première vente du produit (si, toutefois, le produit n'a pas été mis sur le marché ou vendu, la marque n'a pas été épuisée). Cette règle a pour but d'exonérer une personne revendant ce produit de la responsabilité pour atteinte à la marque. Il importe néanmoins de noter que cette protection ne vaut que dans la mesure où les produits n'ont pas été modifiés au point d'être sensiblement différents de ceux provenant du propriétaire de la marque. De plus, le principe d'épuisement ne s'applique pas si un

preneur de licence fabrique des produits portant la marque mise sous licence sans respecter les clauses de l'accord de licence (s'agissant, par exemple, de la qualité ou de la quantité).

26. Lorsqu'un produit est fabriqué au moyen d'une propriété intellectuelle faisant l'objet d'une licence accordée au constituant, le donneur peut prévoir que le preneur de la licence ne peut constituer de sûretés sur ces produits ou qu'un créancier obtenant une sûreté ne peut la réaliser que d'une manière convenue par le donneur. Dans ces deux cas, le donneur stipulera généralement dans l'accord de licence qu'il peut mettre fin à celle-ci si le constituant ou le créancier garanti viole cet accord. Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le produit, il faudrait en conséquence, en l'absence d'accord préalable entre le propriétaire/donneur de licence et le créancier garanti, que ce dernier obtienne le consentement du propriétaire/donneur de licence ou s'en remette au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pertinent et à l'application du principe d'épuisement.

27. Si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Ici, le bien grevé n'est pas le produit fabriqué au moyen de la propriété intellectuelle, mais la propriété intellectuelle elle-même (ou l'autorisation de fabriquer des biens meubles corporels au moyen de la propriété intellectuelle). Un créancier garanti prudent obtiendra généralement une sûreté sur cette propriété intellectuelle de façon à pouvoir poursuivre la production de produits partiellement achevés.

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

28. Dans la discussion ci-dessus, on est parti du principe que le constituant de la sûreté était le propriétaire de la propriété intellectuelle. Le bien grevé était la propriété intellectuelle elle-même, le droit du propriétaire/donneur de licence de percevoir des redevances et d'autres droits, ou le droit du propriétaire/donneur de licence d'exécuter d'autres clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle. Ce n'est que dans l'examen des sûretés constituées sur des biens meubles corporels produits au moyen de la propriété intellectuelle (section I, ci-dessus) que les droits du propriétaire/donneur de licence et ceux du preneur de la licence ont été traités ensemble. Cependant, la plupart des questions traitées dans les sections C à H valent également dans les cas où le bien grevé n'est pas la propriété intellectuelle elle-même, mais les droits d'un preneur de licence (ou de sous-licence) naissant d'un accord de licence (ou de sous-licence) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 30 et 31). Dans le cas où le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne peut évidemment réaliser sa sûreté que sur les droits du preneur de la licence, et ne peut le faire qu'en respectant les clauses de l'accord de licence.

29. Lorsque le constituant est un preneur de licence, en cas de défaillance de sa part, le créancier garanti aura le droit de réaliser sa sûreté sur la licence et de disposer de la licence en la transférant, à condition que le donneur de licence y

consente ou que la licence soit transférable, ce qui est rarement le cas. De même, le créancier garanti qui réalise sa sûreté peut accorder une sous-licence, à condition que le donneur y consente ou que le constituant/preneur de licence ait, aux termes de l'accord de licence, le droit d'accorder des sous-licences. Lorsque le créancier garanti propose à un constituant/preneur de licence de se faire attribuer la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie et que ni le constituant, ni les autres parties intéressées (le donneur de licence, par exemple) ne s'y opposent (et que l'accord de licence n'interdit pas le transfert de la licence), il devient propriétaire de la licence conformément aux clauses de l'accord de licence conclu entre le preneur et le donneur. En admettant que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permette d'enregistrer des licences, l'enregistrement de la licence par le preneur/créancier garanti qui acquiert la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie pourrait être une condition de l'efficacité des droits du preneur de licence, ou tout simplement servir à des fins d'information.

30. Lorsque le bien grevé est le droit du donneur de sous-licence au paiement des redevances en vertu d'un accord de sous-licence, le *Guide* traite ce bien comme une créance. Cela signifie qu'il peut recouvrer les redevances dans la mesure où celles-ci étaient dues au constituant/donneur de la sous-licence au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. Si la réalisation de la sûreté grevant le droit au paiement des redevances dues par un preneur de sous-licence constituait une violation de l'accord de licence, le créancier garanti ne pourrait pas recouvrer les créances qui naîtraient après cette violation.

31. Lorsque le bien grevé est un autre droit contractuel stipulé dans l'accord de sous-licence, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce droit contractuel comme s'il s'agissait de tout autre bien grevé, et le fait que le donneur de licence puisse avoir mis fin à la licence pour l'avenir ou puisse avoir lui-même fait valoir un droit antérieur de percevoir les redevances dues au titre de la sous-licence n'a aucune incidence directe sur le droit qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur ces autres droits contractuels énoncés dans l'accord de licence.

32. Les droits acquis par le bénéficiaire du transfert de la licence, par le preneur de la sous-licence en cas d'acte de disposition du créancier garanti ou par un créancier garanti qui acquiert la licence à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie pourront être fortement limités par les clauses de l'accord de licence. Un preneur de licence non exclusive, par exemple, ne pourra pas faire valoir la propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre preneur de licence non exclusive ou d'une personne portant atteinte à la propriété intellectuelle. Seul le donneur de licence (ou le propriétaire) pourra le faire, bien que dans certains États, les preneurs de licence exclusive soient autorisés à se joindre au donneur de licence en tant que parties à l'action. En outre, en fonction des clauses de l'accord de licence et de la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté, le bénéficiaire du transfert de la licence ne pourra pas avoir accès à des informations telles que le code source. Pour assurer l'efficacité de la licence transférée ou donnée en sous-licence, il faudra que la convention constitutive de sûreté inclue ces droits dans la description des biens grevés par le constituant/preneur de licence, dans la mesure où l'accord de licence et la loi pertinente l'autorisent à grever ces droits également.

A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	1-23
A. Loi applicable aux aspects réels	1-21
B. Loi applicable aux questions contractuelles	22-23
XI. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence	24-42
A. Remarques générales	24-29
B. Insolvabilité du donneur de licence	30-38
C. Insolvabilité du preneur de licence	39-42

Annexe

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 23, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 1 à 21, A/CN.9/670, par. 115, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 90 à 98, A/CN.9/667, par. 124 à 128, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 53 à 57, et A/CN.9/649, par. 77 à 80.]

A. Loi applicable aux aspects réels

1. En général, les règles de conflit de lois du *Guide* traitent de la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière. Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles de droit matériel prévues dans le *Guide* (autrement dit quand les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le *Guide* s'appliquent) (voir chap. X sur le conflit de lois, par. 1 à 9 du *Guide*). Dans de nombreux États, les règles de conflit de lois qui régissent les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels s'appliquent aussi aux sûretés réelles mobilières sur la propriété

intellectuelle. De même, les règles de conflit de lois recommandées dans le *Guide* pour les sûretés sur des biens meubles incorporels s'appliqueraient également aux sûretés sur la propriété intellectuelle, si aucune règle spécifique pour les biens n'est prévue pour la propriété intellectuelle.

2. Ainsi, si un État adopte les recommandations du *Guide* relatives au conflit de lois sans modifier quoi que ce soit en matière de propriété intellectuelle, la loi du lieu de situation du constituant s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (voir recommandations 208 et 218, al. b)). Le lieu de situation du constituant est défini comme étant le lieu où s'exerce son administration centrale, c'est-à-dire son siège réel par opposition à son siège statutaire (voir recommandation 219). Il est évident que l'alinéa b) de la recommandation 4 s'appliquerait également et donnerait préséance à toute règle sur la loi applicable régissant de façon spécifique la propriété intellectuelle dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

3. L'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant a pour principal avantage de soumettre la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté à une loi unique. Ainsi, par exemple, un créancier garanti qui prend une sûreté sur tous les biens meubles incorporels présents et futurs (y compris la propriété intellectuelle) d'un constituant pourrait obtenir cette sûreté, la rendre opposable, en assurer la priorité et la réaliser en se référant à la loi d'un seul État, même si les biens ont des liens avec plusieurs États. En particulier, les frais d'inscription et de recherche seraient réduits dans la plupart des cas, puisqu'un créancier garanti voulant procéder à une inscription et une personne souhaitant effectuer une recherche n'auraient à le faire que dans l'État où est situé le constituant. Le coût des opérations s'en trouverait diminué et la sécurité renforcée, résultat susceptible d'avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit. Si le constituant n'est pas le propriétaire initial, le créancier garanti devrait établir la chaîne des droits des titulaires successifs et effectuer une recherche en dehors du registre des sûretés pour déterminer si le propriétaire initial (ou, selon le cas, l'auteur d'un transfert intermédiaire) a consenti une sûreté sur la même propriété intellectuelle. Si le propriétaire initial ou un autre auteur d'un transfert est situé dans un État autre que l'État où se trouve le constituant, le créancier garanti devrait faire une recherche dans le registre des sûretés (et éventuellement, le cas échéant, dans le registre de la propriété intellectuelle approprié) de cet autre État.

4. Un autre avantage important de la loi du lieu de situation du constituant découle du sens attribué dans le *Guide* au terme "lieu de situation" dans les cas où le constituant a des établissements dans plus d'un État (voir recommandation 219). Dans ce cas, le "lieu de situation" fait référence à l'État dans lequel le constituant a le lieu de son administration centrale (c'est-à-dire son siège réel et non son siège statutaire). C'est le lieu de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant sera probablement administrée (pour le sens de procédure principale, voir par exemple art. 2, al. b), et 16, par. 3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). En conséquence, la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté et la loi régissant, par exemple, la suspension des poursuites, la procédure d'annulation, le traitement des biens et le classement des créances seront probablement la loi d'un seul et même pays. Bien que dans certains cas le siège statutaire soit plus facile à déterminer que le siège

réel, y faire référence aboutirait à un conflit de la loi de ce siège avec la *lex fori concursus*, conflit qui serait probablement réglé en faveur de l'application de cette dernière.

5. Les conventions internationales destinées à protéger la propriété intellectuelle adoptent généralement le principe de territorialité. Il s'ensuit que, dans de nombreux États, la loi applicable à la propriété des droits de propriété intellectuelle est celle de l'État où la protection est revendiquée (*lex protectionis*), alors que la loi applicable aux questions contractuelles est la loi du contrat elle-même (*lex contractus*). Par conséquent, la loi applicable aux questions de protection des droits de propriété intellectuelle dans chaque pays concerné (par exemple les droits d'un propriétaire de la propriété intellectuelle par rapport à ceux d'un preneur de licence dans un pays particulier) est la *lex protectionis*. Un exemple courant est celui d'une licence sur une œuvre protégée par le droit d'auteur qui est normalement transmise au-delà des frontières nationales par satellite.

6. Même si les précédents concernant l'application de la *lex protectionis* aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle sont très rares, une règle de conflit de lois régissant ces sûretés doit tenir compte de cette *lex protectionis*, du fait que c'est la loi régissant la propriété en matière de propriété intellectuelle et ce type de sûreté ne pourrait être constituée, rendue opposable et réalisée dans un pays où le droit de propriété intellectuelle grevé n'existe pas. Cette prise en compte serait nécessaire en particulier dans la mesure où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut traiter un créancier garanti comme un bénéficiaire de transfert. En cas de conflit de priorité entre les droits d'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur la propriété intellectuelle et le droit de propriété d'un bénéficiaire de transfert pur et simple de la propriété intellectuelle grevée, cette approche ne renverrait pas à une loi unique pour résoudre un tel conflit, du fait que les transferts purs et simples resteraient régis par la *lex protectionis*.

7. Afin qu'un créancier garanti puisse obtenir une sûreté efficace et réalisable sur un droit de propriété intellectuelle conformément à la loi d'un État, ce droit de propriété intellectuelle doit être protégé en vertu de la loi de cet État. Ainsi, le principal avantage de la *lex protectionis* est que, compte tenu du principe de territorialité adopté dans les conventions internationales sur la protection de la propriété intellectuelle, la même loi s'appliquerait aux sûretés réelles mobilières et aux droits de propriété sur la propriété intellectuelle.

8. Toutefois, l'approche fondée sur la *lex protectionis* en tant que loi applicable pour les sûretés réelles mobilières présente aussi des inconvénients, en particulier dans les opérations où les biens grevés ne sont pas limités à la propriété intellectuelle utilisée et protégée conformément à la loi d'un seul État. Les avantages et les inconvénients des deux approches évoquées précédemment peuvent être illustrés par les exemples suivants traitant successivement de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation.

9. Le propriétaire de la propriété intellectuelle A situé dans l'État X constitue, par une convention unique, une sûreté sur son portefeuille de brevets, de marques et de droits d'auteur protégés par les lois des États X et Y au profit du créancier garanti I situé dans l'État Y. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, le propriétaire A et le créancier garanti I doivent, pour constituer la sûreté (c'est-à-dire pour qu'elle devienne efficace entre eux), remplir les conditions

fixées par l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ils doivent satisfaire aux conditions de constitution prévues par l'État X pour les droits protégés par les lois de cet État et aux conditions imposées par l'État Y pour les droits protégés par les lois de cet État. À défaut, il se peut que la convention constitutive ne remplisse qu'une partie de ses objectifs, à savoir emporter constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État X, mais non constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État Y.

10. Lorsque les différences entre les lois des États X et Y en matière de constitution des sûretés concernent uniquement la forme (par exemple, lorsque l'État X, qui n'a pas adopté les recommandations du *Guide*, impose plus de formalités pour la convention constitutive que l'État Y qui, lui, les a adoptées), cette difficulté peut être surmontée en établissant la convention de sorte qu'elle satisfasse aux conditions de l'État le plus exigeant, ce qui augmentera cependant le coût de l'opération. Lorsque les États X et Y ont des exigences contradictoires en matière de formalités, cette solution ne suffira toutefois pas. De même, si la convention prévoit la constitution de sûretés sur de multiples droits de propriété intellectuelle présents et futurs, les difficultés sont insurmontables lorsqu'un État a adopté les recommandations du *Guide* (permettant la constitution de sûretés sur plusieurs biens présents et futurs par une convention unique) alors qu'un autre État n'autorise pas la constitution d'une sûreté sur des biens qui n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne permet pas de grever de multiples biens par une seule et même convention. Étant donné que la notion de constitution d'une sûreté désigne son efficacité entre le constituant et le créancier garanti (et non à l'égard des tiers), il ne semble pas que le principe sur lequel repose la *lex protectionis* impose de soumettre la constitution d'une sûreté à cette loi.

11. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, il suffirait au créancier garanti 1 de satisfaire aux conditions d'opposabilité imposées par l'État X pour rendre sa sûreté opposable. Tout créancier potentiel du propriétaire de la propriété intellectuelle A pourrait se contenter d'effectuer une recherche dans le registre approprié de l'État X. Par contre, selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce créancier garanti devrait remplir les conditions d'opposabilité des États X et Y pour rendre sa sûreté sur les droits de propriété intellectuelle opposable dans ces États X et Y, respectivement. Pour ce faire, il lui faudrait probablement inscrire plusieurs avis relatifs à la sûreté dans les registres appropriés de ces États, et les créanciers potentiels seraient tenus d'effectuer des recherches dans chacun d'entre eux. Cet inconvénient serait évidemment atténué s'il existait un registre international dans lequel il serait possible d'inscrire des avis relatifs aux sûretés dont l'opposabilité est régie par différents États. Cette situation pourrait se compliquer encore si certains de ces États prévoyaient l'inscription des avis dans le registre général des sûretés, si d'autres permettaient l'inscription dans un registre spécialisé et si d'autres encore utilisaient un registre de la propriété intellectuelle imposé conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4. Toutefois, si le créancier garanti 1 doit inscrire un avis relatif à sa sûreté dans un registre des brevets, cette inscription n'est possible que dans le registre de l'État où le brevet est enregistré. Elle ne peut avoir lieu dans le registre d'un autre État (par exemple la loi de l'État dans lequel le constituant est situé) dans lequel le brevet n'est pas protégé.

12. Si le propriétaire A constitue une autre sûreté sur son brevet et ses marques protégés dans l'État Y au profit du créancier garanti 2, un conflit de priorité naîtra

entre les sûretés du créancier garanti 1 et du créancier garanti 2 grevant les brevets et les marques protégés dans l'État Y. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, ce conflit de priorité serait régi par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant, c'est-à-dire l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce conflit serait en revanche régi par les lois de l'État Y. En particulier dans les situations où l'opposabilité est assurée par inscription dans un registre spécialisé, l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle est enregistré serait l'État dont la loi conviendrait le mieux pour résoudre les conflits de priorité.

13. Un autre exemple permettra de comprendre comment la loi du lieu de situation du constituant s'appliquera en cas de transferts successifs de la propriété lorsque l'auteur du transfert et chacun des bénéficiaires constituent des sûretés. A, situé dans l'État X, est propriétaire d'un brevet dans cet État. Il constitue une sûreté sur le brevet au profit du créancier garanti 1, puis transfère le brevet à B, situé dans l'État Y, constitue une sûreté au profit du créancier garanti 2. C'est la *lex protectionis*, c'est-à-dire loi de l'État X, qui se trouve être aussi la loi du lieu de situation du constituant, qui détermine si le bénéficiaire B obtient le brevet grevé de la sûreté du créancier garanti 1. Si B prend le brevet soumis à la sûreté, alors le créancier garanti 2 ne peut acquérir plus de droits que B n'en avait. Si ce dernier cède le brevet à C, qui est situé dans l'État Z et qui constitue une sûreté au profit du créancier garanti 3, le bénéficiaire C et le créancier garanti 3 ne peuvent acquérir plus de droits que B n'en avait. Cet exemple montre que l'on peut s'en remettre à la loi du lieu de situation du constituant pour résoudre un conflit de priorité avec le bénéficiaire d'un transfert uniquement lorsque cette loi est aussi la *lex protectionis*.

14. Dans l'exemple mentionné au paragraphe précédent, si le constituant A est situé dans l'État X et si le brevet est protégé dans l'État Y, l'application de la loi du lieu de situation du constituant ne permettra pas au créancier garanti 1 d'obtenir une sûreté efficace ayant priorité sur les droits du bénéficiaire du transfert parce que le brevet n'existe pas dans l'État X. Seule l'application de la *lex protectionis* permettra à ce créancier d'obtenir sur le brevet une sûreté efficace ayant priorité sur les droits du bénéficiaire B du transfert.

15. Enfin, si le propriétaire de la propriété intellectuelle A fait affaire dans les États X, Y et Z et utilise une marque particulière conformément à la loi de chacun des États, il est fort probable que les droits attachés à la marque aient plus de valeur pris ensemble que séparément parce qu'ils forment un tout. Ainsi, si A consent une sûreté sur ces droits, le créancier garanti 1 préférera probablement disposer de ces derniers dans leur ensemble en cas de défaillance de A car il en retirerait sans doute un produit plus important (ce qui profiterait également à A). Mais ceci risque de s'avérer difficile, voire impossible, si les États X, Y et Z soumettent la disposition des droits de propriété intellectuelle, en tant que biens grevés, à des règles différentes. Si l'État X autorise uniquement la disposition judiciaire d'un bien grevé alors que les États Y et Z autorisent la disposition non judiciaire, il risque d'être impossible de disposer des droits attachés à la marque par une opération unique. Cependant, même si tous les États concernés autorisent la disposition non judiciaire, les différences dans les procédures requises peuvent rendre la disposition des droits dans une opération unique au mieux inefficace.

16. En outre, la réalisation d'une sûreté ne se fait pas en une seule fois; il s'agit au contraire d'une série d'actes. Ainsi, si A est défaillant, le créancier garanti 1, qui est

situé dans l'État Y, peut aviser A, situé dans l'État X, que la sûreté grevant son droit attaché à la marque protégé par les lois des États X, Y et Z est défaillante. Le créancier peut ensuite informer le public de la disposition de ce droit dans les États X, Y et Z; il peut même le faire dans le monde entier à l'aide de l'Internet. Il peut ensuite trouver un acheteur situé dans l'État Z, qui achète le bien grevé conformément à un contrat régi par les lois de l'État X. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, le créancier garanti I devrait réaliser sa sûreté sur la marque protégée dans l'État X en accord avec la loi de cet État, sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Y en accord avec la loi de cet État et sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Z en accord avec la loi de cet État. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, la réalisation de la sûreté sur la marque serait régie par la loi de l'État dans lequel le constituant, à savoir A, exerce son administration centrale. Bien entendu, quelle que soit l'approche suivie, si le créancier garanti I vend la marque grevée, le bénéficiaire du transfert doit enregistrer ses droits dans le registre des marques de chaque État où la marque est enregistrée et protégée, c'est-à-dire les États X, Y et Z.

17. Un autre exemple encore permettra d'illustrer l'importance de l'approche fondée sur la *lex protectionis*. A (situé dans l'État X) peut constituer une sûreté sur un brevet enregistré uniquement dans l'État Y et non dans l'État X. Conformément à la loi de ce dernier (l'État où se situe le constituant), pour qu'une sûreté sur un brevet soit opposable, elle doit être inscrite dans le registre national des brevets. Si l'État Y suit une approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (renvoyant à la loi de l'État X) pour déterminer l'opposabilité et la priorité d'une sûreté, alors A ne pourrait pas accorder à B de sûreté efficace et réalisable sur ses brevets dans l'État Y parce que, dans l'État X, le brevet n'est pas protégé et qu'il n'est pas possible d'inscrire une sûreté sur un brevet inexistant. S'il était situé dans l'État Y, le constituant A pourrait accorder une telle sûreté à B parce que, dans cet État, le brevet existe et qu'une sûreté peut être inscrite dans le registre des brevets. Cet exemple montre que la propriété intellectuelle n'existe pas "dans l'abstrait", mais qu'elle est un droit né *ex lege* s'inscrivant dans un système juridique national particulier, qui doit nécessairement assurer sa reconnaissance et son opposabilité à l'intérieur des frontières d'un pays.

18. Lorsque le constituant A, situé dans l'État X, consent une sûreté sur un brevet enregistré auprès de l'office national des brevets de l'État Y et que, par la suite, il devient insolvable, la loi applicable à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté sera la loi de l'État X ou Y, selon que l'État du for a adopté l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant ou celle fondée sur la *lex fori concursus*. Dans le *Guide*, l'application de ces lois est soumise à la *lex fori concursus* pour des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit (voir recommandation 223). Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État X où se situe le constituant, la *lex fori concursus* et la loi du lieu de situation du constituant seront la loi d'un seul et même État. Mais il n'en sera pas nécessairement ainsi lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un autre État où, par exemple, le constituant a des biens.

19. Afin d'allier le respect de la loi applicable aux droits de propriété et l'avantage découlant de l'application d'une loi unique pour les questions relatives aux sûretés, on pourrait combiner l'approche de la *lex protectionis* avec l'approche de la loi du

lieu de situation du constituant de sorte que la constitution et la réalisation d'une sûreté pourraient relever de la deuxième et l'opposabilité et la priorité de la première.

20. D'autres possibilités de combiner les deux approches existent. Par exemple, l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant pourrait faire l'objet d'une dérogation permettant à la *lex protectionis* de régir un conflit de priorité impliquant les droits d'un bénéficiaire de transfert pur et simple. Avec cette dérogation, un créancier garanti devrait également établir son droit en vertu de la *lex protectionis* uniquement lorsque la concurrence avec le bénéficiaire d'un transfert pur et simple pose problème. Dans le cas classique où l'insolvabilité du constituant est le principal problème, il suffirait au créancier garanti de s'en remettre à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, comme pour d'autres types de biens meubles incorporels (créances, par exemple). L'inconvénient de cette approche serait que les créanciers garantis devraient dans tous les cas établir leurs droits conformément à la *lex protectionis* pour rester prioritaires sur d'éventuels bénéficiaires de transferts purs et simples.

21. Une autre dérogation consisterait à ne renvoyer à la *lex protectionis* que lorsque cette loi dispose que la propriété intellectuelle concernée peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Cette dérogation pourrait, cependant, être insatisfaisante pour les bénéficiaires d'un transfert pur et simple d'une propriété intellectuelle non enregistrable en vertu de la *lex protectionis*. Il leur faudrait étudier la loi du lieu de situation du constituant pour vérifier que leur transfert n'est pas soumis à une sûreté antérieure. Cette approche ne permettrait pas de déterminer la loi applicable de façon suffisamment sûre.

Recommandation 245¹

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. [En revanche, sous réserve de la recommandation 223, la loi applicable à un conflit de priorité entre un créancier garanti et le représentant de l'insolvabilité du constituant est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.]

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi [de l'État dans lequel le constituant est situé] [choisie par les parties]. En revanche, la loi applicable à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une telle sûreté est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

¹ Si cette recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle serait placée au chapitre X sur le conflit de lois en tant que recommandation 214 *bis*.

Variante C

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. En revanche, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante D

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. En revanche, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté sur le droit d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que:

a) *Le texte placé entre crochets dans la variante A a été ajouté, car à la quinzième session du Groupe de travail il a été suggéré que, pour des raisons d'efficacité, un conflit de priorité avec représentant de l'insolvabilité soit soumis à la loi d'un seul État, à savoir la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, et cela n'apparaissait pas clairement dans la version de la variante C dont était saisi le Groupe de travail à cette session (voir A/CN.9/670, par. 115). Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, du moins dans la mesure où un représentant de l'insolvabilité peut être considéré comme un bénéficiaire de transfert, le texte entre crochets peut être incompatible avec la variante A et créer une incertitude quant à la loi applicable.*

b) *La variante B a été élaborée à la suite d'une suggestion faite à la quinzième session du Groupe de travail. La première phrase traite de l'efficacité d'une sûreté (aspects réels) entre les parties. Elle comporte deux variantes, l'une selon laquelle, conformément à l'approche adoptée dans le Guide, la loi applicable aux aspects réels est la loi du lieu de situation du constituant, la seconde variante renvoyant la question à l'autonomie des parties. Dans un cas comme dans l'autre, la constitution d'une sûreté réelle mobilière serait soumise à une seule loi, ce qui renforcerait la sécurité et l'efficacité. La deuxième phrase suit l'approche recommandée dans la variante A (lex protectionis), pour toutes les questions sauf la constitution d'une sûreté. Cette approche peut conduire à l'application de lois multiples mais elle est cohérente avec le principe fondamental de la territorialité des droits de propriété intellectuelle.*

c) *La variante C reste inchangée.*

d) *La variante D a été révisée pour faire en sorte que l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le droit du bénéficiaire d'un transfert ou d'un preneur de licence relèvent de la loi du même pays. Autrement, l'opposabilité d'une sûreté serait soumise à la loi du lieu de situation du constituant, tandis que sa priorité serait soumise à la lex protectionis, ce qui pourrait être une source de problèmes et d'incohérences.*

e) *La référence à la “région”, qui visait à renvoyer à des règles régionales, comme celles de l’Union européenne, a été supprimée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une organisation régionale d’intégration économique, constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par le Guide et le Supplément, devrait être traitée comme un État, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par le Guide et le Supplément. Si c’est le cas, toute référence à un “État” dans le Guide et le Supplément s’appliquerait également à une telle organisation, lorsque le contexte requiert qu’il en soit ainsi. Une telle approche garantirait que, lorsque la lex protectionis est la loi d’une organisation régionale d’intégration économique, telle que l’Union européenne, la référence à la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée renverrait à la loi d’une organisation régionale d’intégration économique.]*

B. Loi applicable aux questions contractuelles

22. D’après le *Guide*, la loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti (les aspects contractuels de la convention constitutive de sûreté) concernant la sûreté est déterminée librement par les parties. En l’absence de choix par ces dernières, la loi applicable à ces questions est celle qui régit la convention constitutive de sûreté telle qu’elle est déterminée par les règles de conflit de lois généralement applicables aux obligations contractuelles (voir chap. X du *Guide*, par. 61 et recommandation 216).

23. Étant donné la grande acceptabilité de l’application du principe de l’autonomie de la volonté aux questions contractuelles², la même règle devrait s’appliquer aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti dans le cas des sûretés sur la propriété intellectuelle.

XI. Incidence de l’insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d’un accord de licence

[Note à l’intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 24 à 42, voir A/CN.9/WG.V/WP.87, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40, A/CN.9/671, par. 125 à 127, A/CN.9/670, par. 116 à 122, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chap. XI, A/CN.9/667, par. 129 à 140, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 58 à 72, A/CN.9/649, par. 98 à 103 et A/63/17, par. 326.]

² Voir http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09f.pdf sur l’élaboration d’un instrument futur sur le choix de la loi dans les contrats internationaux par la Conférence de La Haye de droit international privé.

A. Remarques générales

24. Un donneur ou un preneur de licence de propriété intellectuelle dans le cadre d'un accord de licence peut constituer une sûreté réelle mobilière sur les droits dont il jouit en vertu de cet accord. Si le donneur est le constituant, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances dues par le preneur de même que sur le droit de faire respecter les clauses non monétaires de l'accord de licence et sur celui de mettre fin à l'accord en cas de manquement. Si le preneur est le constituant, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence dans le cadre de l'accord (sous réserve des conditions de cet accord), mais non sur la propriété intellectuelle elle-même. Le créancier garanti peut ensuite accomplir les formalités nécessaires pour rendre la sûreté opposable (voir recommandation 29).

25. La loi sur l'insolvabilité respectera généralement l'efficacité de cette sûreté sous réserve des actions en annulation (voir recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité). Elle respectera aussi, sous réserve d'exceptions limitées au minimum et clairement énoncées, la priorité d'une sûreté qui est opposable (voir recommandations 238 et 239). Cependant, si le donneur ou le preneur de la licence fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, cette dernière peut avoir des effets sur les droits des parties à l'accord de licence, qui se répercuteront sur une sûreté réelle mobilière qu'il aura consentie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, l'insolvabilité de l'une des parties dans cette chaîne aura une incidence sur plusieurs autres parties de cette même chaîne et sur leurs créanciers garantis. Par exemple, l'insolvabilité d'une partie se trouvant au milieu de la chaîne aura un impact sur les preneurs et donneurs de sous-licences en aval mais n'aura aucun effet juridique sur ceux qui se trouvent en amont. Les clauses d'un accord de licence peuvent prévoir différents résultats (par exemple, résiliation automatique de toutes les licences en cas d'insolvabilité de tout preneur de licence en amont ou en aval de la chaîne à partir du preneur de licence insolvable), mais ces résultats seront soumis à des limitations en vertu de la loi sur l'insolvabilité (par exemple, rendant inexécutables les clauses de résiliation automatique).

26. En dehors de l'insolvabilité, des dispositions légales ou contractuelles peuvent limiter la possibilité pour le donneur et le preneur de licence de consentir et de réaliser une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances. La loi sur les opérations garanties n'aura généralement aucune incidence sur les limitations légales, sauf essentiellement si elles ont trait aux créances futures en tant que telles, ou aux créances faisant l'objet d'une cession globale ou partielle au seul motif qu'il s'agit de créances futures ou de créances faisant l'objet d'une cession globale ou partielle (voir recommandation 23). La loi sur les opérations garanties peut avoir une incidence sur les limitations contractuelles (voir recommandations 18, 24 et 25). Il revient à la loi sur l'insolvabilité de déterminer quel effet peut avoir, le cas échéant, une procédure d'insolvabilité sur ces limitations à la cession de créances indépendamment de la loi sur les opérations garanties (voir recommandations 83 à 85 du Guide sur l'insolvabilité).

27. Le Guide sur l'insolvabilité contient des recommandations détaillées concernant l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant n'ont pleinement exécuté leurs obligations contractuelles respectives (voir recommandations 69 à 86 du Guide sur

l'insolvabilité). Un accord de licence pourrait entrer dans cette catégorie de contrats s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et s'il n'est pas venu à échéance (de sorte que le donneur est encore redevable d'obligations). Il n'entre en revanche pas dans cette catégorie s'il a été pleinement exécuté par le preneur moyennant paiement anticipé du montant total des redevances dues au donneur, ce qui peut être le cas pour un accord de licence exclusive, et en l'absence d'obligations continues de la part du donneur. Le débiteur insolvable pourrait être le donneur (qui doit au preneur le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence) ou le preneur (tenu de payer les redevances et d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence).

28. Les recommandations du Guide sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre ou de rejeter un accord de licence dans son intégralité s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties (voir recommandations 72 et 73 du Guide sur l'insolvabilité). Dans le cas d'un accord de licence unique, sa poursuite ou son rejet par le représentant de l'insolvabilité de l'une des parties aura une incidence sur les droits de l'autre partie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, la poursuite ou le rejet aura un impact sur les droits de toutes les parties se trouvant en amont. Enfin, dans le cas d'accords de licences réciproques (dans lesquels le donneur octroie une licence, le preneur développe ensuite le produit mis sous licence puis octroie au donneur une licence sur ce produit), la poursuite ou le rejet d'un accord de licence aura une incidence sur chaque partie, dans sa qualité aussi bien de donneur que de preneur de licence.

29. Si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre un accord de licence qui n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et qui a été violé par le débiteur insolvable (donneur ou preneur de licence), le manquement doit être réparé, le cocontractant non défaillant retrouver pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et le représentant de l'insolvabilité être en mesure de s'acquitter de l'accord (voir recommandation 79 du Guide sur l'insolvabilité). Dans ce cas, la procédure d'insolvabilité n'aura aucune incidence sur la situation juridique d'une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur de licence. En revanche, si le représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence, la sûreté octroyée par le donneur ou le preneur en subira des conséquences (pour bien comprendre le traitement des contrats en cas d'insolvabilité, le lecteur se reportera au texte du Guide sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, sect. E).

B. Insolvabilité du donneur de licence

30. Si le représentant de l'insolvabilité du donneur de licence décide de poursuivre l'exécution d'un accord de licence, cette décision n'aura pas d'impact sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou par le preneur. Si le donneur est le débiteur insolvable et a octroyé une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre cet accord, celui-ci sera maintenu, le preneur restera tenu de verser des redevances au titre de l'accord et le créancier garanti du donneur restera titulaire d'une sûreté sur les versements de ces redevances. En cas d'insolvabilité du donneur de licence

toujours, si le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, le donneur restera tenu de l'autoriser à utiliser sans restriction la propriété intellectuelle mise sous licence dans le cadre de l'accord et le créancier garanti du preneur restera titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant de l'accord.

31. Par contre, si le représentant de l'insolvabilité du donneur décide de rejeter l'accord de licence, cette décision aura une incidence sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur. Si le donneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, ce dernier n'aura plus effet et le preneur ne sera plus tenu de payer de redevances au titre de l'accord, si bien que le créancier garanti du donneur ne pourra plus affecter de redevances à l'exécution de l'obligation garantie. En cas d'insolvabilité du donneur de licence toujours, si le preneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, il ne sera plus autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti perdra sa sûreté sur le bien grevé (à savoir le droit pour le preneur d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle en question).

32. Dans la pratique, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du donneur découlant d'un accord de licence peut se protéger des conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur. Un tel créancier garanti peut, par exemple, se protéger en obtenant et en rendant opposables non seulement une sûreté sur les droits du donneur découlant de l'accord (principalement les redevances), mais également une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même. Ainsi, si le représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence, le créancier garanti (sous réserve de l'arrêt des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières dans le cadre de la procédure d'insolvabilité) peut réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant, avec un nouveau preneur, un nouvel accord de licence similaire à celui qui a été rejeté, et en rétablissant ainsi le flux de redevances (voir recommandation 149). Les montants tirés de la disposition de la propriété intellectuelle grevée ou les redevances reçues au titre de ce nouvel accord de licence seraient ensuite versés au créancier garanti conformément aux recommandations 152 à 155. Dans les faits, toutefois, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

33. De même, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger des conséquences du rejet de cet accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur, par exemple, en refusant d'octroyer le prêt garanti à moins que le preneur n'obtienne et ne rende opposable une sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence pour garantir ses droits découlant de l'accord de licence. De cette façon, si le représentant de l'insolvabilité du donneur rejette l'accord de licence, le preneur (sous réserve de l'arrêt des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières dans le cadre de la procédure d'insolvabilité) peut réaliser la sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant un nouvel accord de licence avec un nouveau donneur, les droits ainsi obtenus constituant un produit sur lequel le créancier garanti détiendrait une sûreté. Dans les faits, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

34. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, si l'une des parties au moins a pleinement exécuté ses obligations au titre d'un accord de licence, ce dernier n'est pas soumis aux recommandations du Guide sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. Lorsque ni le donneur ni le preneur de licence ne se sont pleinement acquittés de leurs obligations respectives en vertu de l'accord de licence, en revanche, l'accord pourrait être rejeté conformément à ces recommandations. Afin de protéger les investissements réalisés sur le long terme par les preneurs de licence et compte tenu du fait qu'un preneur peut être tributaire de l'utilisation des droits découlant d'un accord de licence, certains États ont adopté des règles pour protéger davantage le preneur (et, en fait, son créancier garanti) lorsque l'accord de licence pourrait normalement être rejeté en cas d'insolvabilité du donneur. Cette protection est particulièrement importante dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence où plusieurs parties risquent d'être affectées par l'insolvabilité de l'une d'elles.

35. Par exemple, certains États autorisent le preneur à continuer d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence, après rejet de l'accord de licence par le représentant de l'insolvabilité du donneur, à condition qu'il continue de verser les redevances à la masse, conformément à l'accord de licence, et de s'acquitter des autres obligations découlant de l'accord. La seule obligation que cette règle impose à la masse du donneur est celle de continuer à honorer les conditions de l'accord de licence, ce qui ne représente pas une charge excessive pour les ressources de cette masse. Cette solution a pour effet de concilier l'intérêt qu'a le donneur insolvable de se soustraire à des obligations trop lourdes découlant de l'accord de licence et celui qu'a le preneur de protéger son investissement dans la propriété intellectuelle mise sous licence.

36. Dans d'autres États, la loi sur l'insolvabilité ne permet pas de rejeter les accords de licence car: a) une disposition qui exclut les baux immobiliers du champ d'application des règles de l'insolvabilité concernant le rejet des contrats en cas d'insolvabilité du donneur de licence s'applique par analogie aux accords de licence en cas d'insolvabilité du donneur de licence; b) les accords de licence exclusive donnent naissance à des droits réels qui ne peuvent être rejetés (mais qui sont susceptibles d'annulation); c) les accords de licence ne sont pas considérés comme des contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés par les deux parties étant donné que le donneur de licence a déjà rempli ses obligations en octroyant la licence; d) ils sont inscrits dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans ces États, le preneur peut conserver la licence pour autant qu'il verse les redevances dues au titre de l'accord de licence.

37. Dans d'autres États encore, il est permis de rejeter un accord de licence, sous réserve de l'application du principe "d'abstraction". Selon ce principe, la licence ne dépend pas de l'efficacité de l'accord de licence sous-jacent. Aussi, le preneur peut-il conserver le droit d'utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence, même si l'accord a été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur. Le représentant de l'insolvabilité peut néanmoins demander le retrait de la licence en invoquant l'enrichissement sans cause. Jusqu'au moment du retrait, le preneur est tenu, en vertu du principe de l'enrichissement sans cause, de verser, pour l'utilisation de la propriété intellectuelle mise sous licence, un montant égal à celui des redevances dues au titre de l'accord de licence qui a été rejeté.

38. Il convient de noter que le Guide sur l'insolvabilité dispose que "Il peut être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas des contrats de travail, des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes, et des contrats avec l'État, tels que les accords de licence et les marchés publics" (voir Guide sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 143). Afin de protéger les investissements à long terme ainsi que les attentes des preneurs de licence et de leurs créanciers contre la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité du donneur de renégocier les accords de licence existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les États souhaiteraient peut-être envisager d'adopter des règles semblables à celles qui sont décrites dans les paragraphes qui précèdent. Ces règles devraient prendre en compte les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité et l'effet global sur la masse de l'insolvabilité de même que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Les États voudront peut-être aussi examiner dans quelle mesure les pratiques commerciales décrites aux paragraphes 30 et 31 pourraient fournir des solutions pratiques adéquates.

C. Insolvabilité du preneur de licence

39. Si le preneur de licence est le débiteur insolvable et a consenti une sûreté réelle mobilière sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'accord de licence, ce dernier sera maintenu, le preneur conservera le droit en vertu de l'accord de licence d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence (dans la mesure stipulée par l'accord) et son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur ce droit. Dans ce cas, si le donneur de licence a consenti une sûreté réelle mobilière sur son droit de percevoir les redevances au titre de l'accord de licence, son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur le droit du donneur de recevoir paiement des redevances.

40. Lorsque, en revanche, le représentant de l'insolvabilité du preneur décide de rejeter l'accord de licence et que le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de cet accord, celui-ci ne produira plus effet, le preneur n'aura plus le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti ne pourra pas utiliser la valeur des droits du preneur découlant de l'accord pour satisfaire l'obligation garantie. Dans ce cas également, si le donneur a consenti une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances au titre de l'accord de licence, il perdra ses redevances et son créancier garanti perdra son bien grevé.

41. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits d'un donneur ou preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger contre les conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du preneur en adoptant des mesures comparables à celles qui sont décrites plus haut (voir par. 32 et 33 ci-dessus).

42. Lorsque le preneur est insolvable, il importe de faire en sorte que soit le donneur perçoive les redevances et le preneur s'acquitte des autres obligations

découlant de l'accord de licence, soit le donneur de licence ait le droit de mettre fin à l'accord de licence. Les règles de la loi sur l'insolvabilité, notamment celles qui ont trait à la réparation d'un manquement à l'accord de licence en cas de poursuite de ce dernier (voir par. 29 ci-dessus), sont essentielles. Il est probable en outre, lorsque le preneur insolvable a constitué une sûreté sur son droit de recevoir paiement de redevances au titre d'accords de sous-licence, que celles-ci constituent une source de financement pour payer les redevances qu'il doit lui-même au donneur de licence. Si le créancier garanti du preneur revendique toutes les redevances et si le preneur n'a pas d'autre source pour payer les redevances qu'il doit au donneur, il est essentiel que ce dernier soit autorisé à mettre fin à la licence pour protéger ses droits.

Annexe

Le texte ci-après décrit brièvement l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou d'un preneur de licence sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence.

	<i>Le donneur de licence est insolvable</i>	<i>Le preneur de licence est insolvable</i>
<i>Le donneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit de percevoir des redevances)</i>	<p>Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le preneur reste tenu de payer les redevances dues au titre de l'accord de licence et le créancier garanti du donneur reste titulaire d'une sûreté à la fois sur le droit du donneur de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.</p> <p>Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le preneur n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet de l'accord, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.</p>	<p>Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le donneur continue d'avoir le droit de percevoir des redevances au titre de l'accord de licence et, partant, son créancier garanti reste titulaire d'une sûreté à la fois sur son droit de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.</p> <p>Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le preneur n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet de l'accord, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.</p>
<i>Le preneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit d'utiliser la propriété intellectuelle)</i>	<p>Question: Qu'advient-il si le donneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p>	<p>Question: Qu'advient-il si le preneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p>

<i>Le donneur de licence est insolvable</i>	<i>Le preneur de licence est insolvable</i>
<p>Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.</p> <p>Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.</p>	<p>Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.</p> <p>Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.</p>

^a Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

C. Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session (A/CN.9/WG.VI/WP.40)

[Original: anglais]

1. L'annexe de la présente note contient une proposition soumise par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (la "Conférence de La Haye") concernant la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle au chapitre X traitant du conflit de lois du projet de supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*") consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.
2. La Conférence de La Haye est une organisation intergouvernementale comprenant 69 États membres. Ses origines remontent à 1893. Sa mission fondamentale est "l'unification progressive des règles de droit international privé" (voir Art. 1 du Statut de la Conférence de La Haye). À cet effet, elle a adopté 38 traités multilatéraux (principalement des conventions), y compris plusieurs conventions sur le droit commercial et financier international.
3. Conformément au mandat de la Conférence de La Haye et à son domaine d'expertise, le Bureau permanent se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses commentaires sur les règles uniformes du droit international privé élaborées sous les auspices d'autres organisations internationales. Il convient de noter que le Bureau permanent a participé à l'élaboration et apporté son appui à l'adoption du *Guide*, dont les recommandations relatives au conflit de lois ont été préparées en étroite coopération avec lui.

Annexe

Proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé

I. Importance et fonction des recommandations relatives au conflit de lois dans le projet de supplément

1. À titre de remarque préliminaire, le Bureau permanent tient à souligner qu'il importe d'inclure des recommandations sur le conflit de lois dans le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "*Guide*") consacré aux sûretés réelles mobilières grevant les droits de propriété intellectuelle (le "projet de supplément"). Son objet, les sûretés réelles mobilières grevant les droits de propriété, est un thème très particulier et généralement non abordé dans le droit international privé. C'est pourquoi les orientations d'un futur instrument législatif de la CNUDCI représentent à tous égards un développement important.

2. Il faut toutefois noter que des recommandations relatives au conflit de lois ont un objectif différent des recommandations de fond du projet de supplément. Alors que l'adoption de ces dernières viserait les incohérences éventuelles entre la loi sur le financement garanti et la loi sur la propriété intellectuelle en introduisant des solutions unificatrices ou harmonisatrices pour les États intéressés, les premières, de par leur nature même, ne peuvent avoir le même effet d'unification ou d'harmonisation sur les lois nationales. Leur effet est limité au niveau choisi de la loi. En d'autres termes, des recommandations relatives au conflit de lois ne peuvent aboutir qu'à l'utilisation d'un critère uniforme (ou "facteur de rattachement") à appliquer, ce qui conduit à l'application d'une loi particulière. Elles ne peuvent avoir aucun effet unificateur ou harmonisateur sur le fond.

3. Pour ce qui est de la structure du chapitre X du projet de supplément sur le conflit de lois, le Bureau permanent est tout à fait d'accord avec la distinction faite par ce dernier entre la loi applicable à la propriété (aspects réels) et la loi applicable aux questions contractuelles. Cette distinction est fondamentale dans les conflits de lois car le degré d'autonomie des parties accepté est généralement plus grand pour les questions contractuelles que pour les questions de propriété. Pour cette raison, le Bureau permanent n'appuie pas la deuxième version de la variante B figurant entre crochets, car elle permet l'application d'un droit choisi par les parties à la "constitution" d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

II. Loi applicable aux aspects réels

4. Le Bureau permanent applaudit aux tentatives d'unifier les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties portant sur des droits de propriété intellectuelle. À ce titre, les orientations du projet de supplément doivent être saluées, en particulier parce que cette question est très peu étudiée spécifiquement en droit national ou international.

A. Conventions internationales protégeant la propriété intellectuelle

5. On peut considérer d'emblée que le principe du traitement national consacré dans les conventions internationales protégeant la propriété intellectuelle impose implicitement une règle universelle en faveur de la *lex loci protectionis* (“*lex protectionis*”). Des dispositions telles que l'article 2-1 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle ou l'article 5-2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques semblent ne pas laisser de place à un facteur de rattachement autre que le lieu de protection du droit de propriété intellectuelle correspondant. En d'autres termes, aucun autre droit que celui de l'État où la protection est revendiquée ne pourrait être appliqué. Une telle approche donne à penser que les États contractants à l'une de ces conventions internationales ont choisi de rejeter la possibilité de déterminer librement les règles de conflit de lois dans leurs relations réciproques.

6. Le Bureau permanent insiste sur le fait qu'il est très discutable de conférer un effet d'une telle portée aux conventions internationales sur la propriété intellectuelle pour ce qui est de la question de la loi applicable. Même en supposant que ces conventions internationales puissent imposer une règle de conflit de lois, il resterait douteux que son champ d'application couvre tous les aspects réels envisagés par le projet de supplément, à savoir la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et sa réalisation.

7. Par conséquent, les recommandations relatives à la loi régissant les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle permettront à tout le moins de combler des lacunes quant aux conséquences éventuelles d'un conflit de lois résultant des conventions internationales existantes sur la propriété intellectuelle. Il est toutefois plus probable que la formulation de règles de conflit de lois dans le projet de supplément sera une initiative bienvenue, car les conventions internationales sur la propriété intellectuelle ne prévoient pas la détermination de la loi applicable dans les affaires internationales traitant de sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle.

B. Quelles règles de conflit de lois pour le projet de supplément?

8. Pleinement conscient de l'opportunité de règles de conflit de lois dans le projet de supplément, le Bureau permanent examine maintenant comment ces règles devraient être rédigées. À cet égard, il est noté que le projet de supplément présente quatre variantes. Chacune d'entre elles propose une combinaison de la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée et de la loi du lieu de situation du constituant.

9. Compte tenu des objectifs généraux du projet de supplément, le Bureau permanent appuie l'idée d'une évaluation comparative de ces facteurs de rattachement pour chacun des aspects réels abordés dans le projet de supplément, à savoir la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et sa réalisation.

10. À titre de remarque préliminaire, il faut souligner que la loi régissant spécifiquement la propriété intellectuelle détermine si une sûreté réelle mobilière peut être consentie sur cette propriété intellectuelle. Ceci est conforme à l'alinéa b)

de la recommandation 4 du *Guide*. Par conséquent, aucune des recommandations envisagées dans le projet de supplément ne peut prévaloir sur l'application de la loi régissant la propriété intellectuelle à la question préliminaire de la viabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle.

11. Exemple: Un droit d'auteur ne peut faire l'objet d'un nantissement en vertu de la loi de l'État X. Par conséquent, même si les recommandations du projet de supplément sont adoptées dans cet État, elles ne peuvent prévaloir sur l'application de la loi de ce dernier interdisant le nantissement d'un droit d'auteur.

C. Une règle de conflit de lois équilibrée

12. Le Bureau permanent est en faveur de l'adoption d'une recommandation combinant l'application de la loi de l'État où se trouve le constituant avec la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

13. Nous soumettons respectueusement au Groupe de travail la proposition ci-après pour examen:

“Dans les limites de la loi régissant la transférabilité d'un bien de propriété intellectuelle, la loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. En revanche, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté sur le droit d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.”

14. Nous notons que cette proposition suit dans une large mesure la variante D du projet de supplément. Elle conserve l'application prédominante d'un seul facteur de rattachement (à savoir la loi de l'État dans lequel le constituant est situé), conformément aux recommandations adoptées dans le *Guide*. Dans la mesure du possible, une loi unique régirait l'effet de la sûreté entre les parties et à l'égard des tiers, un conflit de priorité entre deux créanciers garantis, etc. La simplicité, la sécurité juridique et la prévisibilité se trouvent donc renforcées.

D. Limites de l'application de la loi de l'État où se trouve le constituant

15. L'application de la loi de l'État où se trouve le constituant est néanmoins soumise à deux importantes limitations. Premièrement, comme on l'a vu plus haut, la transférabilité du droit de propriété intellectuelle est une question préliminaire qui doit être abordée avant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien de propriété intellectuelle. D'où la nécessité de réitérer l'importance de la loi régissant la propriété intellectuelle comme cadre juridique de la constitution d'une telle sûreté.

16. Deuxièmement, nous suggérons l'introduction d'une exception en faveur de la *lex protectionis* lorsqu'un conflit surgit entre un créancier garanti et le bénéficiaire d'un transfert pur et simple ou un preneur de licence. Dans de tels cas, la *lex protectionis* doit être considérée comme la loi appropriée pour décider de

l'opposabilité et de la priorité, compte tenu des attentes légitimes d'un bénéficiaire de transfert pur et simple ou d'un preneur de licence.

17. Il s'ensuit que le créancier garanti doit satisfaire aux conditions de (chaque) *lex protectionis*, de manière que la sûreté prévale en cas de licence ou de transfert. Cela peut paraître lourd pour les créanciers garantis mais doit être considéré comme une solution équilibrée pour le conflit d'intérêts évident entre eux et les bénéficiaires d'un transfert ou les preneurs de licence.

18. Exemple: Le constituant A, situé dans l'État X, détient un brevet dans l'État Y. Il consent une sûreté sur ce brevet à un créancier garanti dans l'État Y. Il cède ensuite le même brevet au bénéficiaire de transfert B.

19. Si la recommandation proposée est suivie, c'est la loi de l'État Y (*lex protectionis*) et non celle de l'État X (la loi du lieu de situation du constituant) qui doit s'appliquer à l'opposabilité et à la priorité entre le créancier garanti et le bénéficiaire d'un transfert pur et simple. Au cas où la loi de l'État Y (*lex protectionis*) dispose que la sûreté est efficace à l'égard de B, la réalisation de cette sûreté s'effectuera conformément à la loi de l'État X (loi du lieu de situation du constituant).

III. Loi applicable aux questions contractuelles

20. L'autonomie des parties joue un rôle fondamental dans la détermination du droit applicable approprié pour les questions contractuelles. Il est reconnu que le constituant et le créancier garanti peuvent décider de la loi régissant la convention constitutive de sûreté. Du point de vue du Bureau permanent, la référence à l'autonomie des parties est très positive compte tenu de nos travaux en cours sur la promotion de cette autonomie dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. La référence spécifique au futur instrument de la Conférence de La Haye dans le projet de supplément est très appréciée; elle montre comment divers instruments internationaux de différentes organisations sont rédigés avec soin pour œuvrer ensemble et s'appuyer mutuellement.

21. Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye est prêt à continuer de collaborer à l'examen et à la discussion du chapitre X du projet de supplément. Nous restons à la disposition du Groupe de travail pour tous renseignements complémentaires.

**D. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les
travaux de sa dix-septième session
(New York, 8-12 février 2010)
(A/CN.9/689)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-13
II. Organisation de la session	14-19
III. Délibérations et décisions	20
IV. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	21-58
A. Préface et introduction	21
B. Champ d'application et autonomie des parties	22
C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	23-25
D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	26
E. Le système de registre	27-29
F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	30-32
G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle	33-34
H. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties des propriétés intellectuelles	35
I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle	36
J. Financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle	37-40
K. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	41-56
L. Transition	57
M. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence	58
V. Travaux futurs	59-61

I. Introduction

1. À sa session en cours, le Groupe de travail VI (Sûretés) a continué d'œuvrer à l'élaboration d'une annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "*Guide*")¹ consacrée spécifiquement aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, en vertu d'une décision prise par la Commission à sa quarantième session, en 2007². Cette décision a été prise par la Commission compte tenu de la nécessité de compléter ses travaux consacrés au *Guide*, en donnant aux États des orientations précises quant à la coordination qu'il convient d'assurer entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle³.

2. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné les travaux qu'elle mènerait à l'avenir dans le domaine du droit du financement garanti. Elle a noté que les droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets ou marques, par exemple) devenaient progressivement une source de crédit extrêmement importante et ne devaient pas être exclus d'un droit moderne des opérations garanties. Elle 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. 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 aspects⁴.

3. 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 nécessaire⁵. 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

¹ Actuellement disponible sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html). Ce texte sera publié en tant que publication des Nations Unies.

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 162.

³ *Ibid.*, par. 157.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 81 et 82.

⁵ *Ibid.*, par. 83.

organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent⁶.

4. Comme suite à ces demandes, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007). Ont participé à ce colloque des spécialistes du financement garanti et du droit de la propriété intellectuelle, y compris des représentants de gouvernements et d'organisations nationales et internationales, gouvernementales et non gouvernementales. À cette occasion, plusieurs suggestions ont été faites en ce qui concerne les ajustements qu'il faudrait apporter au projet de guide pour traiter spécifiquement le financement garanti par la propriété intellectuelle⁷.

5. Pendant la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632). Cette note reprenait les conclusions du colloque organisé sur ce thème. Afin de donner aux États suffisamment d'orientations quant aux modifications qu'ils pourraient devoir apporter à leur législation pour éviter toute incohérence entre le droit des opérations garanties et celui de la propriété intellectuelle, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide, spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle⁸.

6. À la reprise de la quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), la Commission a finalisé et adopté le *Guide* étant entendu qu'il serait ultérieurement établi une annexe consacrée spécifiquement aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle⁹.

7. À sa treizième session (New York, 19-23 mai 2008), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat d'élaborer, sur ce thème, un projet d'annexe au *Guide* (le "projet d'annexe") qui tiendrait compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/649, par. 13). Le Groupe n'étant pas parvenu à s'entendre sur le fait de savoir si certaines questions liées à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/649, par. 98 à 102) présentaient avec le droit des opérations garanties un lien suffisant pour justifier qu'on les examine dans le projet d'annexe, il a décidé de revoir ces questions à une réunion future et de recommander de prier le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de les examiner (voir A/CN.9/649, par. 103).

8. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission a noté avec satisfaction les progrès accomplis par le Groupe de travail. Elle a également noté la décision prise par le Groupe en ce qui concerne certaines questions liées à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière

⁶ Ibid., par. 86.

⁷ Voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

⁹ Ibid., *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99 et 100.

grevant la propriété intellectuelle et a décidé qu'il faudrait en informer le Groupe de travail V et l'inviter à exprimer un avis préliminaire à sa prochaine session. Elle a également décidé que, dans l'éventualité où il resterait des questions à soumettre conjointement aux deux groupes de travail après cette session, le Secrétariat pourrait organiser une discussion conjointe sur ce thème¹⁰.

9. À sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur la base d'une note établie par le Secrétariat, intitulée "Annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1). À cette session, il a prié le Secrétariat d'établir à partir du projet d'annexe une version révisée qui tiendrait compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/667, par. 15). Il a également prié le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) d'examiner certaines questions liées à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/667, par. 129 à 140). À cet égard, il a été largement estimé que tout devrait être fait pour conclure l'examen de ces questions le plus rapidement possible de façon que l'on puisse en intégrer le résultat dans le projet d'annexe à l'automne 2009 ou au début du printemps 2010, et présenter le projet d'annexe à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session, en 2010 (voir A/CN.9/667, par. 143).

10. À sa quinzième session (New York, 27 avril-1^{er} mai 2009), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur la base d'une note établie par le Secrétariat, intitulée "Projet d'annexe au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties traitant des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4). À cette session, il a prié le Secrétariat d'établir à partir du projet d'annexe une version révisée qui tiendrait compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/670, par. 16). En outre, ayant pris acte d'une note du Secrétariat intitulée "Traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité" (A/CN.9/WG.V/WP.87), il a approuvé, quant au fond, le débat consacré à l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40) et a prié le Groupe de travail V d'examiner cette question (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122). En outre, il a examiné, à titre préliminaire, son futur programme de travail (voir A/CN.9/670, par. 123 à 126).

11. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a examiné, sur la base des documents A/CN.9/WG.V/WP.87 et A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et d'un extrait du rapport du Groupe de travail (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122), les questions relatives à l'insolvabilité que ce dernier lui avait soumises. À cette session, il a approuvé la teneur des parties du projet d'annexe qui traitaient de l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence, telles que libellées dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 (par. 22 à 40), ainsi que les conclusions adoptées et les révisions opérées par le Groupe de travail VI à sa quinzième session (voir A/CN.9/670, par. 116 à 122).

¹⁰ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 326.

12. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a félicité le Groupe de travail et le Secrétariat pour les progrès qu'ils avaient accomplis et a souligné l'importance du projet de supplément (ci-dessus appelé "projet d'annexe"). Elle a également noté avec satisfaction les résultats du travail de coordination que les Groupes de travail V et VI avaient accompli en ce qui concerne les questions d'insolvabilité dans un contexte de propriété intellectuelle. Notant l'intérêt manifesté par les milieux de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale, elle a prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux de manière à achever l'élaboration du supplément en une ou deux sessions et à le lui présenter pour finalisation et adoption à sa quarante-troisième session en 2010, afin qu'il puisse être proposé aux États pour adoption le plus rapidement possible. Notant en outre avec intérêt les futurs thèmes de travail que le Groupe avait examinés à ses quatorzième et quinzième sessions, elle est convenue qu'il serait possible, en fonction du temps disponible, d'avancer le travail préparatoire en engageant un débat à la seizième session. En ce qui concernait les modalités d'établissement d'un programme de travaux futurs pour le Groupe de travail, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. Il a été généralement convenu qu'avec une note établie par le Secrétariat, la Commission serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail à sa quarante-troisième session en 2010¹¹.

13. À sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur la base d'une note du Secrétariat intitulée "Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7) et d'une proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.VI/WP.40). À cette session, il a prié le Secrétariat d'établir à partir du projet de supplément une version révisée qui tiendrait compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/685, par. 19). Il a en outre approuvé, sur le fond, le débat relatif aux clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme contenues dans les accords de licence de propriété intellectuelle en cas d'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle, et a prié le Groupe de travail V d'examiner cette question (voir A/CN.9/685, par. 95).

II. Organisation de la session

14. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à New York du 8 au 12 février 2010. Ont participé à la session des représentants des États membres suivants du Groupe: Allemagne, Bélarus, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Madagascar, Mexique, Maroc, Norvège, Ouganda, Pakistan, Pologne, République de Corée, Royaume-Uni de

¹¹ Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 317 à 319.

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

15. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Belgique, Ghana, Indonésie, Panama, Philippines, Qatar, Roumanie et Turquie. Y ont également assisté des observateurs de l'État et de l'Entité non membres suivants: Palestine et Saint-Siège.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation mondiale de la propriété industrielle (OMPI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Secrétariat de la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et Conférence de La Haye de droit international privé;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), American Intellectual Property Organization (AIPLA), Association communautaire du droit des marques (ECTA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale des marques (AIM), Commercial Finance Association (CFA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), et Independent Film and Television Alliance (IFTA).

17. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant:

Présidente: M^{me} Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Léopold Noel BOUMSONG (Cameroun)

18. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.41 (ordre du jour provisoire annoté) et A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7 (projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle).

19. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

20. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7). Il est rendu compte de ses délibérations et

décisions ci-après aux chapitres IV et V. Sous réserve des modifications mentionnées au chapitre IV, le Groupe de travail a adopté les recommandations et, quant au fond, le commentaire du projet de supplément. Le Secrétariat a été prié d'établir une version finale du projet de supplément, qui sera présentée à la Commission à sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010) pour finalisation et adoption.

IV. Sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

A. Préface et introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.42)

21. S'agissant de la préface et de l'introduction, il a été convenu que le paragraphe 29 devrait préciser qu'en cas de défaillance, le créancier garanti avait le droit de disposer du bien grevé et que le bénéficiaire du transfert acquérait les droits du constituant libres des sûretés ayant un rang de priorité inférieur à celui de la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation. Il a également été convenu qu'il conviendrait d'inclure, dans le paragraphe 29, des renvois appropriés aux parties pertinentes du chapitre VIII du *Guide* et du projet de supplément sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière. En outre, il a été convenu que le paragraphe 51 devrait donner un exemple de confusion chez les consommateurs en rapport avec les marques, en lieu et place de l'exemple actuel qui se référait à une atteinte pure et simple. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté quant au fond la préface et l'introduction.

B. Champ d'application et autonomie des parties (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1)

22. S'agissant du chapitre premier sur le champ d'application et l'autonomie des parties, il a été convenu de préciser dans la dernière phrase du paragraphe 11 que la liste des questions qui suivait était indicative et que, par conséquent, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pouvait également aborder des questions ne figurant pas sur cette liste. Il a également été convenu que le paragraphe 19 devrait éviter de faire référence à l'inscription volontaire d'une sûreté grevant un droit d'auteur qui, dans le droit contenant des dispositions ayant trait au droit d'auteur, était traitée différemment d'un État à l'autre. En outre, il a été convenu de préciser dans le paragraphe 22 que la notion de "possession" ne pouvait s'appliquer à des biens meubles incorporels, car elle était définie dans le *Guide* comme désignant la "possession effective". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre premier sur le champ d'application et l'autonomie des parties.

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2)

23. S'agissant du chapitre II relatif à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle, il a été convenu que:

a) Le paragraphe 2 devrait préciser que, selon le *Guide*, une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle pouvait être constituée par une convention écrite entre le constituant et le créancier garanti;

b) La cinquième phrase du paragraphe 4 devrait préciser que, dans certains cas, le créancier garanti était l'auteur du transfert d'un bien, tandis que, dans d'autres, il était le bénéficiaire du transfert et que, dans tous les cas, une sûreté réelle mobilière était constituée pour garantir la fraction non payée du prix d'achat;

c) Le paragraphe 7 devrait préciser que l'obligation d'identifier précisément les biens grevés dans la convention constitutive de sûreté s'appliquait également à des types de propriété intellectuelle autres que le droit d'auteur (tels que les brevets) et que, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les parties pouvaient simplement grever les droits exclusifs d'un auteur séparément;

d) Les paragraphes 17 et 18 devraient être révisés pour éviter toute incohérence avec les paragraphes 23 et 24 du chapitre premier;

e) À la fin du paragraphe 27, il faudrait mentionner également que le créancier garanti aurait la possibilité d'essayer de déterminer par convention l'utilisation des redevances, non seulement en interdisant au preneur de licence d'octroyer des sous-licences sur la propriété intellectuelle grevée, mais aussi en interdisant la cession du droit au paiement des redevances de sous-licence;

f) Dans le même paragraphe, il faudrait préciser que le non-respect de l'une des conventions susmentionnées de la part du preneur de licence pourrait obliger ce dernier à réparer le préjudice causé, mais ne pourrait pas invalider une sûreté réelle mobilière qu'il aurait constituée en violation d'une convention avec le donneur de licence.

24. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le chapitre II relatif à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

25. Le Groupe de travail a examiné ensuite la recommandation 243. Il a été convenu que les mots "sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté" étaient superflus, étant donné que la recommandation 10 du *Guide* consacrait suffisamment l'autonomie des parties, et qu'ils devraient donc être supprimés. Il a également été convenu que la deuxième phrase de la recommandation 243 devrait être insérée dans le commentaire car elle abordait une question examinée au chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle. En réponse à une question, il a été noté que le "principe d'épuisement" ne concernait pas la recommandation 243. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté la recommandation 243.

D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 1 à 9)

26. S'agissant du chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il a été convenu de modifier le paragraphe 4 pour y faire référence à la possibilité d'inscrire, dans un registre spécialisé, non

seulement un avis mais aussi un document concernant une sûreté. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle.

E. Le système de registre (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 10 à 54)

27. S'agissant du chapitre IV sur le système de registre, il a été convenu que:

a) Le paragraphe 19 devrait expliquer que la question de la coordination avec un registre général des sûretés se poserait même en présence d'un registre spécialisé international ou régional;

b) Les paragraphes 26 et 27 ne devraient pas émettre de suppositions générales sur le coût de l'inscription dans un registre spécialisé, du fait que celui-ci variait d'un État à l'autre et que le développement des registres électroniques tendait à réduire les frais liés à l'inscription;

c) Les paragraphes 28 à 36 devraient préciser les hypothèses sur lesquelles ils se fondaient; et

d) Le paragraphe 48 devrait expliquer pourquoi l'approche suivie par la recommandation 244 en ce qui concerne l'impact d'un transfert du bien grevé sur l'efficacité de l'inscription d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle différerait de celle adoptée dans la recommandation 62 pour les sûretés sur d'autres types de biens (par exemple, multiplicité des licences et fréquence des transferts de propriétés intellectuelles).

28. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre IV sur le système de registre.

29. Le Groupe de travail a examiné ensuite la recommandation 244. Il a été convenu que la première phrase de cette recommandation serait reformulée comme suit: "La loi devrait prévoir que l'inscription, au registre général des sûretés, d'un avis concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle, continue de produire effet nonobstant un transfert de la propriété intellectuelle grevée." Le Groupe de travail est convenu de placer la deuxième phrase de la recommandation dans le commentaire et de la modifier pour y mentionner l'objectif qu'elle visait, à savoir préserver l'efficacité de l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté la recommandation 244.

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, par. 1 à 49)

30. S'agissant du chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il a été convenu que:

a) Le paragraphe 28 devrait être révisé pour expliquer que:

i) Le "cours normal des affaires" était un concept du droit commercial ou du droit des opérations garanties et n'était pas tiré du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle;

- ii) Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne faisait pas la distinction entre différents types de licences non exclusives, mais s'intéressait à la question de savoir si elles étaient autorisées ou non et, partant, si un créancier garanti, pourvu que le droit de la propriété intellectuelle lui reconnaisse la qualité de titulaire des droits, pouvait engager des poursuites contre un prétendu preneur de licence au motif qu'il portait atteinte à la propriété intellectuelle;
- iii) L'alinéa c) de la recommandation 81 n'avait pas d'incidence sur les prérogatives (notamment celle de poursuivre les auteurs d'atteintes) que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle reconnaissait au créancier garanti s'il avait qualité de titulaire des droits;
- b) Le paragraphe 40 était ambigu et devrait être clarifié;
- c) Le commentaire devrait, d'une manière générale, clarifier que:
 - i) L'alinéa c) de la recommandation 81 s'appliquait à des situations dans lesquelles la sûreté réelle mobilière avait été constituée avant la conclusion de l'accord de licence;
 - ii) Si la sûreté avait été constituée après la conclusion de l'accord de licence, le créancier garanti n'aurait pas plus de droits que le constituant (conformément à l'adage *nemo dat*; voir aussi la recommandation 13); et
- d) Le commentaire devrait donner des exemples visant à expliquer l'impact de l'alinéa c) de la recommandation 81 dans le contexte de la propriété intellectuelle, l'un de ces exemples illustrant la question traitée par le libellé actuel de la recommandation 245.

31. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle.

32. Le Groupe de travail a ensuite examiné la recommandation 245. Il a été largement estimé que, dans son libellé actuel, la recommandation 245 avait une portée trop limitée, en comparaison avec l'alinéa c) de la recommandation 81. Par conséquent, on a suggéré que la recommandation soit reformulée pour indiquer que la règle de l'alinéa c) de la recommandation 81 n'avait pas d'incidence sur les prérogatives que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle reconnaissait au créancier garanti s'il était titulaire des droits. Des doutes ont été émis quant à l'utilité d'une recommandation ainsi révisée, dans la mesure où elle ne faisait que réaffirmer le principe consacré par l'alinéa b) de la recommandation 4 et reposait sur l'hypothèse erronée selon laquelle il existerait, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une règle qui remplacerait celle de l'alinéa c) de la recommandation 81. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la formulation proposée répondrait de manière appropriée aux problèmes soulevés par cet alinéa c). Il a été dit que le principe de l'alinéa b) de la recommandation 4 était si important que sa réaffirmation dans ce contexte était utile. On a également fait observer qu'il n'était pas possible de faire une déclaration générale sur la teneur du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle à cet égard, étant donné qu'il différerait d'un État à l'autre. À l'issue de la discussion, il a été convenu que la recommandation 245 devrait être reformulée comme suit: "La loi devrait prévoir que la règle de l'alinéa c) de la

recommandation 81 s'applique aux droits que la présente loi reconnaît au créancier garanti et qu'elle n'a pas d'incidence sur les droits que ce dernier pourrait se voir reconnaître par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle." Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté la recommandation 245.

G. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté relative à la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1 à 5)

33. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le chapitre VI relatif aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté portant sur une propriété intellectuelle, sans modification.

34. Il a ensuite examiné la recommandation 246. Il a été généralement estimé que la recommandation n'était pas utile dans sa rédaction actuelle du fait que la loi recommandée dans le *Guide* reconnaissait l'autonomie des parties, ne prévoyait pas de limites en ce qui concerne la conservation des biens grevés et donnait la préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle lorsque ce dernier limitait l'autonomie des parties. Dans le même temps, il a été admis que, dans certains cas (par exemple l'insolvabilité du constituant, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, al. 1)), il était important de permettre au créancier garanti de prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée. Après discussion, il a été convenu que la recommandation 246 devrait être reformulée comme suit: "La loi devrait prévoir que le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second est autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée." Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté la recommandation 246.

H Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 6 et 7)

35. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles sans modification.

I. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 8 à 32)

36. S'agissant du chapitre VIII relatif à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 30 devrait préciser qu'en cas de non-respect d'un accord de licence: a) le donneur de licence conservait tous ses droits contractuels, y compris le droit de mettre fin à l'accord de licence; et b) le créancier garanti du preneur de licence qui détenait une sûreté sur le droit de ce dernier à recevoir paiement des redevances de sous-licence conservait le droit de recouvrer lesdites redevances. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le chapitre VIII

relatif à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle.

J. Financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 33 à 58)

37. S'agissant du chapitre IX sur le financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle, l'idée d'un régime qui transposerait le commentaire et les recommandations du *Guide* sur les biens meubles corporels de sorte qu'ils deviennent applicables dans le contexte de la propriété intellectuelle a recueilli un large soutien au sein du Groupe de travail. En ce qui concerne la terminologie employée, il a été convenu de ne pas se référer, dans le contexte de la propriété intellectuelle, aux biens de consommation, au matériel ou aux stocks, mais de parler plutôt de propriété intellectuelle détenue par le constituant pour un usage personnel, familial ou domestique, pour un usage à des fins commerciales ou professionnelles ou pour la vente et la mise sous licence respectivement (voir Introduction, section C, terminologie). On a exprimé des doutes sur la question de savoir s'il était possible de parler de propriété intellectuelle détenue par le constituant pour être vendue ou mise sous licence dans le cours normal de ses affaires car la notion de "cours normal des affaires" n'était pas issue du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il a été dit, toutefois, que l'emploi de ce concept dans le chapitre du projet de supplément consacré au financement d'acquisitions constituait un compromis acceptable pour établir un régime de droits sur la propriété intellectuelle découlant du financement de son acquisition, qui ferait pendant au régime du financement de l'acquisition des biens meubles corporels.

38. Les opinions ont différé sur le point de savoir à quel critère recourir pour déterminer si une opération s'inscrivait dans le cours normal des affaires. Selon un avis, entrerait généralement dans le cours normal des affaires une opération conclue aux conditions générales sans négociation, mais non une opération conclue à des conditions personnalisées après négociation. Selon un autre point de vue, l'important devait être l'usage principal auquel le constituant destinait la propriété intellectuelle. Il a été dit que, si le constituant avait l'intention de vendre ou de mettre sous licence la propriété intellectuelle, une opération dont faisait l'objet cette propriété intellectuelle entrerait généralement dans le cours normal de ses affaires. On a cependant fait observer que la propriété intellectuelle pouvait être utilisée à de multiples fins (par exemple, un fabricant pouvait se servir d'un brevet dans son activité et autoriser d'autres personnes à l'utiliser sous licence). Il fallait donc, a-t-on souligné, mentionner l'usage principal auquel était destinée la propriété intellectuelle concernée. Après discussion, il a été convenu de préciser que, dans le commentaire du chapitre IX sur le financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle, la distinction entre les divers types de propriété intellectuelle devait reposer sur l'usage principal auquel ils étaient destinés.

39. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre IX sur le financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle.

40. Le Groupe de travail a examiné ensuite les recommandations 247 à 252. Il a été convenu que celles-ci pourraient former une seule recommandation indiquant

comment les recommandations du *Guide* relatives au financement d'acquisitions s'appliqueraient dans le contexte de la propriété intellectuelle. Il a également été convenu que la recommandation 248 devrait indiquer à quelle fin le constituant détenait la propriété intellectuelle. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté les recommandations 247 à 252.

K. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6, par. 1 à 40)

41. S'agissant du chapitre X sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle, il a été convenu que:

a) Le paragraphe 10 devrait préciser que, lorsque le constituant d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle se trouvait dans un État autre que celui dans lequel cette propriété intellectuelle était protégée, la sûreté en question pourrait ne pas être opposable en vertu de la loi de l'État protecteur;

b) Le commentaire devrait mentionner que, dans certains États, les questions de réalisation étaient régies par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, si bien que la loi de l'État protecteur serait applicable à ces questions; et

c) La référence au changement du lieu de situation "du bien grevé" devrait être supprimée du paragraphe 36 et du titre de ce paragraphe, car un droit de propriété intellectuelle, par nature incorporel, n'avait pas de lieu de situation.

42. Sous réserve de ces modifications et étant entendu que, selon la décision qu'il prendrait concernant la recommandation 253, il lui faudrait peut-être revenir sur le chapitre X, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le chapitre X sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle.

43. Le Groupe de travail a ensuite examiné la recommandation 253. Outre les trois variantes présentées à la fin du chapitre X, une quatrième, libellée comme suit, lui a été proposée:

"Dans les limites du droit relatif à la transférabilité de la propriété intellectuelle, la loi devrait prévoir que:

a) Lorsque la propriété intellectuelle est inscrite dans un registre spécialisé, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur cette propriété intellectuelle est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. Toutefois, la loi applicable à la réalisation d'une telle sûreté est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé; et

b) Lorsque la propriété intellectuelle n'est pas inscrite dans un registre spécialisé ou qu'il n'existe pas de registre spécialisé, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur cette propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, dans tous les cas où cela est possible. Toutefois, la loi de l'État où la propriété intellectuelle est protégée est la loi applicable à la priorité sur les réclamants concurrents et, en particulier, à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle par rapport au droit du

bénéficiaire du transfert ou du preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée.”

44. Il a été expliqué que le texte proposé se fondait sur les variantes B et C de la recommandation 253 présentées à la fin du chapitre X (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6) et qu’il ne s’appliquerait que dans la mesure où il n’était pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir alinéa b) de la recommandation 4). Il a également été expliqué que le texte faisait référence à l’inscription, dans un registre de la propriété intellectuelle, d’une propriété intellectuelle (et non d’une sûreté sur une propriété intellectuelle) en partant du principe que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permettait qu’un avis ou document relatif à une sûreté fasse l’objet d’une inscription dans un registre de la propriété intellectuelle conférant des effets à l’égard des tiers (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 4).

45. Un certain nombre de propositions ont été faites. L’une d’elles était que, dans le cas où il serait conservé, le chapeau faisant référence au droit applicable à la transférabilité soit accompagné, dans le commentaire, d’un passage expliquant qu’aucune des recommandations du *Guide* sur la loi applicable ne touchait aux questions de transférabilité; dans le cas contraire, il devrait être supprimé. Une autre proposition était de mentionner la question de savoir si un droit de propriété intellectuelle pouvait être inscrit et non celle de savoir s’il était effectivement inscrit. Selon une autre proposition encore, il fallait renvoyer les questions d’opposabilité et de priorité à la loi du même État. Une autre proposition enfin était de supprimer les mots “dans tous les cas où cela est possible”, car ils compromettaient la sécurité juridique que le texte cherchait à apporter quant à la loi applicable. Toutes ces propositions ont été appuyées.

46. On a toutefois exprimé la crainte que l’approche consistant à se demander si un droit de propriété intellectuelle pouvait ou non être inscrit sur un registre de la propriété intellectuelle pour déterminer la loi applicable ne soit contraire à l’obligation d’égalité de traitement des titulaires de droits posée par les règles constitutionnelles de certains États et à l’approche adoptée dans la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (également appelée “Directive sur l’application des droits”). Il a été répondu que l’argument de l’égalité de traitement des titulaires de droits n’était pas valide car: a) la règle à l’étude portait sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières et non aux droits fondamentaux des titulaires; b) les États membres de l’Union européenne suivaient déjà cette approche sans pour autant qu’il y ait de leur part violation de la Directive; c) cette approche serait justifiée par les attentes que les parties à une convention constitutive de sûreté (et non les titulaires de droits de propriété intellectuelle) nourrissaient vis-à-vis des registres de la propriété intellectuelle existants; et d) le *Guide* avait déjà adopté cette approche pour les biens meubles corporels (voir recommandations 203 et 205).

47. Toutefois, afin de répondre à la crainte exprimée plus haut et aider le Groupe de travail à s’entendre sur une approche “mixte” qui combinerait loi de l’État protecteur et loi du lieu de situation du constituant, une cinquième variante a été proposée. Dans celle-ci, la constitution et la réalisation d’une sûreté sur une propriété intellectuelle pourraient être soumises à la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle était protégée, sauf si les parties choisissaient la loi du lieu

de situation du constituant; l'opposabilité et la priorité de la sûreté seraient quant à elles soumises à la loi de l'État où était protégée la propriété intellectuelle.

48. Cette cinquième variante a recueilli un certain soutien. Elle a aussi suscité plusieurs inquiétudes. On a exprimé la crainte qu'en soumettant les questions de droit des biens et de procédure civile à l'autonomie des parties, cette variante n'aille bien plus loin que les principes de conflit de lois généralement acceptés et que l'approche générale du *Guide*, qui soumettait uniquement les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti à la loi qu'ils avaient choisie (voir les recommandations 10 et 216). On a aussi craint que, en permettant de renvoyer les questions de constitution à la loi d'un État et celles d'opposabilité à la loi d'un autre État, le texte proposé ne présente d'utilité que pour les États qui avaient appliqué les règles substantielles recommandées dans le *Guide*, lesquelles considéraient la constitution et l'opposabilité comme deux questions distinctes.

49. Afin d'aider le Groupe de travail à dégager un consensus, il a été proposé, pour remplacer toutes les autres variantes, une sixième variante, libellée comme suit:

“La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé à moins que les parties à la convention constitutive de sûreté ne choisissent, comme loi applicable en l'espèce, la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

La loi devrait prévoir que la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle par rapport aux droits du bénéficiaire d'un transfert, d'un preneur de licence ou d'un autre créancier garanti est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

La loi devrait prévoir que la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle à l'encontre de tous les autres réclameurs concurrents est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé à moins que les parties à la convention constitutive de sûreté ne choisissent, comme loi applicable en l'espèce, la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.”

50. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais plusieurs inquiétudes ont été exprimées. Celles évoquées plus haut s'agissant de la cinquième variante ont été renouvelées. En outre, on a exprimé la crainte que la règle proposée ne soit trop complexe et difficile à appliquer. À cet égard, il a été suggéré de la simplifier comme suit:

“La loi devrait prévoir que:

a) À moins que les parties à la convention constitutive de sûreté ne choisissent la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, la loi applicable à la constitution et à la réalisation d'une sûreté réelle

mobilière grevant une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé;

b) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle par rapport aux droits du bénéficiaire d'un transfert, d'un preneur de licence ou d'un autre créancier garanti est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée; et

c) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle à l'encontre de tous les autres réclameurs est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.”

51. Il a été dit qu'on pourrait reformuler la règle susmentionnée pour faire en sorte que la loi de l'État protecteur s'applique aux questions de constitution et de réalisation en l'absence d'une convention contraire des parties. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais les inquiétudes évoquées plus haut en ce qui concerne le fait de soumettre la constitution et l'opposabilité aux lois d'États différents et celui de soumettre les questions de constitution et de réalisation à l'autonomie des parties ont été renouvelées. À cet égard, on a évoqué la possibilité d'écarter la loi choisie par les parties pour ce qui est de la constitution et de la réalisation d'une sûreté au motif qu'elle serait manifestement contraire à l'ordre public, ou par application des dispositions impératives de la loi de l'État du for (voir la recommandation 222). On a craint, également, que la constitution d'une sûreté sur un brevet ou une marque inscrits sur un registre national ne soit soumise à la loi du lieu de situation du constituant. En outre, on a fait observer qu'il faudrait d'abord tester la règle proposée sur des exemples précis. Il a également été déclaré que l'adoption d'une telle règle obligerait à modifier considérablement le commentaire. Il a également été souligné que, si l'on ne pouvait s'entendre sur une recommandation, il serait préférable de soumettre des options à la Commission, qui déciderait en dernier ressort. À cet égard, il a été déclaré qu'il importerait, en particulier pour ce qui est du conflit de lois, de s'entendre sur une recommandation car, sinon, il s'appliquerait une règle différente en fonction de la règle de conflit de lois de l'État du for, situation qui perpétuerait l'incertitude qui prévalait actuellement et aurait une incidence négative sur le coût et l'offre de crédit.

52. Pendant la discussion, l'avis a été exprimé que la loi de l'État protecteur était généralement consacrée dans les traités relatifs au droit de la propriété intellectuelle et ne pouvait être ignorée. En réponse, il a été dit que, si l'on ne pouvait ignorer l'importance d'une approche fondée sur la loi de l'État protecteur, les traités relatifs au droit de la propriété intellectuelle n'aboutissaient pas tous à ce résultat au niveau du droit interne contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

53. Les trois variantes présentées à la fin du chapitre X (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6) ont été appuyées, tout comme la quatrième variante mentionnée ci-dessus (voir par. 43). Il a été convenu à cet égard que la quatrième variante était une version améliorée de la variante B proposée au chapitre X et qu'elle devrait remplacer cette variante B.

54. Cependant, le Groupe de travail n'étant pas parvenu à dégager un consensus sur aucune de ces variantes et dans le but de parvenir à un tel consensus sur une recommandation, il a engagé une discussion sur une version combinant les cinquième et sixième variantes (voir par. 50), qui serait libellée comme suit:

“Version A: La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi des États dans lesquels la propriété intellectuelle est protégée, sauf dans la mesure où la convention constitutive de sûreté dispose que ces questions sont régies par la loi de l’État dans lequel le constituant est situé. La loi devrait prévoir que la loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle par rapport aux droits du bénéficiaire d’un transfert, d’un preneur de licence ou d’un autre créancier garanti est la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. La loi devrait prévoir que la loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle à l’encontre de tous les autres réclameurs est la loi de l’État dans lequel le constituant est situé.”

“Version B: La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l’État dans lequel le constituant est situé, sauf dans la mesure où la convention constitutive de sûreté dispose que ces questions sont régies par la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. La loi devrait prévoir que la loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle par rapport aux droits du bénéficiaire d’un transfert, d’un preneur de licence ou d’un autre créancier garanti est la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. La loi devrait prévoir que la loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle à l’encontre de tous les autres réclameurs est la loi de l’État dans lequel le constituant est situé.”

55. Il a été dit que la différence entre la première et la deuxième versions résidait dans le fait qu’en l’absence de convention des parties, la constitution et la réalisation d’une sûreté sur une propriété intellectuelle seraient régies par la loi de l’État protecteur dans la première version, tandis que ces questions seraient régies par la loi de l’État du lieu de situation du constituant dans la deuxième version. Plusieurs délégations ont fait remarquer que, dans la mesure où le texte proposé combinerait de manière appropriée la loi de l’État protecteur et celle du lieu de situation du constituant, il représenterait un compromis acceptable. De plus, il a été souligné que le texte proposé serait acceptable, en particulier s’il ne faisait plus référence à l’autonomie des parties en ce qui concerne la loi applicable à la constitution et à la réalisation d’une sûreté réelle mobilière. En ce qui concerne la rédaction même, il a été noté qu’on pouvait regrouper les deux versions en présentant la première phrase de chacune entre crochets.

56. Si les deux versions de la proposition de “compromis” mentionnées ci-dessus ont été appuyées, une préférence a été exprimée en faveur de la version A. Cependant, le Groupe de travail n’étant pas parvenu à dégager un consensus, il a décidé que les trois variantes présentées à la fin du chapitre X, la deuxième variante étant remplacée par le texte mentionné ci-dessus (voir par. 43), et les deux versions de la proposition de compromis, devraient être conservées pour que la Commission les examine plus avant. Le sentiment général a été que pour assurer la sécurité juridique s’agissant de la loi applicable aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, il serait essentiel que tout soit fait pour parvenir à un

consensus sur une recommandation à la session de la Commission. À cet égard, il a été déclaré qu'en l'absence d'une recommandation spécifique à la propriété intellectuelle, les recommandations générales du *Guide* sur la loi applicable à une sûreté grevant un bien meuble incorporel s'appliqueraient (voir recommandation 208 et alinéa b) de la recommandation 218).

L. Transition (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6, par. 41 à 45)

57. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre XI sur la transition sans modification.

M. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence (A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6, par. 46 à 67)

58. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le chapitre XII relatif à l'incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence, sans modification.

V. Travaux futurs

59. Le Groupe de travail a noté que le projet de supplément serait examiné par la Commission lors de sa quarante-troisième session, qui se tiendrait à New York du 21 juin au 9 juillet 2010.

60. Le Groupe de travail a aussi noté que, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-deuxième session¹², le troisième Colloque international sur les opérations garanties se tiendrait à Vienne du 1^{er} au 3 mars 2010. Il a également noté que le but du Colloque était de donner au Secrétariat la possibilité de recueillir les avis d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé afin de rédiger une note à l'intention de la Commission quant aux travaux qui pourraient être entrepris dans le domaine des opérations garanties.

61. Le Groupe de travail a ouvert une discussion préliminaire sur les travaux futurs. Il a été proposé que les questions relatives à un éventuel registre international des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles soient incluses dans les sujets des travaux futurs. Il a été noté en réponse qu'un tel projet devrait être étroitement coordonné avec l'OMPI car ce sujet, ainsi que celui de la mise sous licence de la propriété intellectuelle, relèveraient généralement du mandat de l'OMPI. S'agissant des sujets qui avaient déjà été présentés comme pouvant faire l'objet de travaux futurs, l'idée de travaux sur la réglementation de l'inscription des sûretés et sur une loi type relative aux opérations garanties fondée sur les recommandations du *Guide*, a reçu un certain appui. S'agissant d'un

¹² Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 319.

supplément au *Guide* sur certains types de valeurs mobilières non régies par la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés, il a été remarqué que ces travaux devraient se restreindre aux titres non intermédiés car UNIDROIT et la Conférence de La Haye avaient déjà beaucoup travaillé sur les titres intermédiés.

E. Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Préface	
Introduction	1-52
A. Objet du projet de supplément	1
B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle	2-7
C. Terminologie	8-32
D. Évaluation de la propriété intellectuelle à grever	33-34
E. Exemples de pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle ..	35-45
F. Principaux objectifs et principes fondamentaux	46-52

Préface

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, afin de suivre la présentation du Guide, l'ancienne section A de l'Introduction a été écourtée et constitue désormais la préface du projet de supplément.]

Le Supplément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le “*Guide*”) a été élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné et approuvé en principe le contenu des recommandations du *Guide*. À cette session, elle a également examiné les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine du droit du financement garanti. Notant que les recommandations du *Guide* s'appliquaient, généralement, aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle, elle a prié le Secrétariat de préparer, en collaboration avec les organisations concernées, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note qu'elle examinerait à sa quarantième session, en 2007, concernant la portée des travaux qu'elle pourrait entreprendre sur le financement garanti par la propriété intellectuelle et qui prendraient la forme d'un

supplément (initialement appelé annexe) au *Guide*. 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 participent¹.

Conformément à la décision de la Commission, le Secrétariat a organisé, en coopération avec l'OMPI, un colloque sur les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle (Vienne, 18 et 19 janvier 2007), auquel ont participé des experts du droit du financement garanti et du droit de la propriété intellectuelle, ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations gouvernementales et non gouvernementales nationales et internationales. Plusieurs propositions ont été faites à ce colloque quant aux modifications qu'il serait nécessaire d'apporter au *Guide* pour traiter des questions propres au financement garanti par la propriété intellectuelle².

À la première partie de sa quarantième session, en juin 2007, la Commission a examiné une note du Secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632), qui tenait compte des conclusions du colloque. Afin de donner aux États des orientations suffisantes sur les modifications qu'il leur faudrait peut-être apporter à leurs lois pour éviter les incompatibilités entre le droit du financement garanti et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, elle a décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir un supplément au *Guide* qui serait spécialement consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle³. À la reprise de sa quarantième session, en décembre 2007, la Commission a finalisé et adopté le *Guide*, étant entendu qu'un supplément traitant spécialement des sûretés réelles mobilières sur des droits de propriété intellectuelle serait élaboré par la suite⁴.

Le Groupe de travail VI a tenu cinq sessions d'une semaine chacune pour réaliser sa tâche, la session finale se déroulant en février 2010⁵. À ses quatorzième, quinzième et seizième sessions, il a soumis certaines questions touchant à l'insolvabilité au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)⁶, qui les a examinées à ses trente-cinquième, trente-sixième et [...] sessions⁷. Il a également coopéré avec l'OMPI et d'autres organisations du secteur public et du secteur privé s'occupant de propriété intellectuelle, pour veiller à ce que le Supplément soit suffisamment coordonné avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il a en outre étroitement coopéré avec le Bureau permanent de la

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n°17* (A/61/17), par. 81, 82 et 86.

² Voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n°17* (A/62/17), Part I, par. 156, 157 et 162.

⁴ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part II, par. 99 et 100.

⁵ Les rapports du Groupe de travail sur ces cinq sessions sont publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/649, A/CN.9/667, A/CN.9/670, A/CN.9/685 et A/CN.9/689. Durant ces sessions, il a examiné les documents A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1, A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1, A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4, A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7, et A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7.

⁶ A/CN.9/667, par. 129 à 140, A/CN.9/670, par. 116 à 122, et A/CN.9/685, par. 95.

⁷ A/CN.9/666, par. 112 à 117, A/CN.9/WG.VI/WP.87, A/CN.9/671, par. 125 à 127, et [A/CN.9/..., par. ...].

Conférence de La Haye pour élaborer le chapitre du Supplément sur le conflit de lois⁸.

[À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a examiné et approuvé le Supplément. L'Assemblée générale a ensuite adopté la résolution ...].

⁸ À sa seizième session, le Groupe de travail a examiné une proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.VI/WP.40).

Introduction¹

A. Objet du projet de supplément

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 7, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 13 à 18, A/CN.9/685, par. 21, A/CN.9/WP.37, par. 9 à 14, A/CN.9/670, par. 18, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 8 à 11, A/CN.9/667, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 76 à 82.*]

1. L'objectif général du *Guide* est de promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti (voir recommandation 1, alinéa a)). Conformément à cet objectif, le projet de supplément vise à augmenter l'offre de crédit meilleur marché pour les propriétaires et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle et, partant, à accroître la valeur de ces droits. Il cherche toutefois à atteindre ce but sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir section E plus loin).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une nouvelle section A, intitulée "Objet du projet de supplément", a été ajoutée afin d'aligner la structure du projet de supplément sur celle du Guide et pour que le lecteur comprenne plus aisément l'objet de ce dernier.*]

B. Relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

2. Sauf exceptions limitées, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (voir recommandations 2 et 4 à 7). Elle ne s'applique toutefois pas à cette dernière dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État adoptant est partie (voir recommandation 4, alinéa b)).

3. La recommandation 4, alinéa b), pose le principe fondamental qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. La définition du terme "propriété intellectuelle" est conçue de telle sorte que le *Guide* soit conforme au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et aux traités relatifs à la propriété intellectuelle. Dans le *Guide*, ce terme désigne tout bien considéré comme une propriété intellectuelle par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. De plus, lorsqu'il parle de "propriété intellectuelle", le *Guide* se réfère aux "droits de propriété intellectuelle" (voir par. 18 à 20 ci-dessous). Le terme "droit contenant des dispositions ayant trait à la

¹ Pour faciliter la lecture, le projet de supplément suit l'ordre dans lequel les questions sont traitées dans le *Guide* (à savoir Introduction, qui comprend l'objet, la terminologie, des exemples et les principaux objectifs et principes fondamentaux, puis Champ d'application, Constitution d'une sûreté réelle mobilière, etc.). Dans chaque section, le projet de supplément résume brièvement les considérations générales du *Guide* puis examine comment celles-ci s'appliquent dans le contexte de la propriété intellectuelle. Il faut donc le lire avec le *Guide*.

propriété intellectuelle” est employé dans le projet de supplément pour désigner le droit national ou le droit découlant d’accords internationaux auxquels un État est partie, qui a trait à la propriété intellectuelle et qui régit spécifiquement les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, et non le droit qui s’applique d’une manière générale aux sûretés sur divers types de biens et qui peut être amené à régir des sûretés sur la propriété intellectuelle (voir par. 22 ci-après). Ce terme englobe à la fois les règles d’origine législative et la jurisprudence. Il est plus large que le terme “droit de la propriété intellectuelle”, mais plus étroit que la notion de droit commun des contrats ou des biens. En conséquence, la recommandation 4, alinéa b), aura une portée plus large ou plus étroite selon la façon dont un État définit le champ de la propriété intellectuelle, étant entendu qu’il le fera conformément aux obligations internationales qui lui incombent en vertu des traités sur le droit de la propriété intellectuelle (par exemple, diverses conventions administrées par l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ou Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (“Accord sur les ADPIC”)), comme le prévoient ces traités.

4. La recommandation 4, alinéa b), vise à éviter qu’un État adoptant les recommandations du *Guide* ne modifie involontairement les règles fondamentales du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* ne s’intéressant pas aux questions qui touchent à l’existence, à la validité et au contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, section II, A.4), les risques de conflit entre régimes sur ces questions sont limités. Pour ce qui est de la constitution, de l’opposabilité, de la priorité et de la réalisation d’une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ainsi que de la loi applicable à une telle sûreté, il est possible en revanche que, dans certains États, les deux régimes prévoient des règles différentes. Dans ce cas, la recommandation 4, alinéa b), empêche que la règle portant spécifiquement sur la propriété intellectuelle ne soit écartée involontairement du fait que l’État adopte la loi recommandée dans le *Guide*.

5. Il convient de noter toutefois que, dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle porte uniquement sur des formes d’opérations garanties qui ne sont pas spécifiques de la propriété intellectuelle et qui n’existeront plus une fois que ces États auront adopté la loi recommandée dans le *Guide* (par exemple, nantissements, hypothèques et transferts ou fiducies à des fins de garantie dont peut faire l’objet la propriété intellectuelle). C’est pourquoi les États adoptants souhaiteront peut-être aussi revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de le coordonner avec la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*. À cet égard, ils devront veiller à suivre, en particulier, l’approche intégrée et fonctionnelle recommandée dans le *Guide*, sans modifier les principes et les objectifs fondamentaux de leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

6. Le projet de supplément vise à fournir aux États des orientations pour assurer cette coordination entre la loi sur les opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. S’appuyant sur le commentaire et les recommandations du *Guide*, il examine comment ceux-ci s’appliquent lorsque la propriété intellectuelle est grevée et, si nécessaire, formule des commentaires et recommandations supplémentaires. Tout comme les commentaires et recommandations portant sur d’autres biens particuliers, ceux qui concernent spécifiquement la propriété intellectuelle modifient

ou complètent les recommandations et commentaires généraux du *Guide*. En conséquence, sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit d'autres règles et sous réserve des commentaires et recommandations particuliers formulés dans le projet de supplément, une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle peut être constituée, devenir opposable, avoir priorité, faire l'objet d'une réalisation et être soumise à la loi applicable comme le prévoient les recommandations générales du *Guide*.

7. Les États qui adoptent la loi recommandée dans le *Guide* afin d'accroître l'offre de crédit meilleur marché pour les propriétaires de biens, tels que des biens meubles corporels et des créances, souhaiteront très probablement qu'une telle modernisation profite aussi aux propriétaires de propriété intellectuelle, dont la valeur de ce fait augmentera. Ceci peut avoir une incidence sur le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Si le projet de supplément n'a pas vocation à formuler des recommandations pour que les États modifient ce droit, comme cela a déjà été indiqué, il n'en risque pas moins d'avoir un impact sur ce même droit. Il examine donc cet impact et avance parfois, dans sa partie commentaire, des propositions modestes que les États adoptants pourraient examiner (en employant l'expression "les États pourraient" ou "les États souhaiteront peut-être envisager", et non "les États devraient"). Ces propositions partent du principe qu'en adoptant une loi du type recommandé par le *Guide*, les États ont fait le choix de moderniser leur droit des opérations garanties. Elles ont donc pour but d'indiquer dans quels cas cette modernisation pourrait conduire les États à examiner la meilleure manière de coordonner leur loi sur les opérations garanties avec leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Aussi la recommandation 4, alinéa b), a-t-elle pour objet d'empêcher uniquement une modification involontaire de ce droit et non tout changement qui aurait été soigneusement étudié par un État adoptant la loi recommandée dans le *Guide*.

C. Terminologie

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 8 à 32, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 19 à 39, A/CN.9/685, par. 22, A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 15 à 32, A/CN.9/670, par. 19 et 20, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 12 à 21, A/CN.9/667, par. 20 à 22, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 39 à 60, et A/CN.9/649, par. 104 à 107.*]

a) Sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

8. Dans le *Guide*, le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne la sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou un document négociable) qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée de son prix d'achat ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" ne doit pas nécessairement être désignée comme telle. Dans l'approche unitaire, ce terme englobe le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail (voir le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation).

9. Aux fins du projet de supplément, le terme englobe une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle, à condition que la sûreté garantisse l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat du bien grevé ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d'acquérir ce bien.

b) Biens de consommation

10. Le *Guide* emploie le terme “biens de consommation” pour désigner les biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques (voir le terme “biens de consommation”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation). Aux fins du projet de supplément, le terme englobe une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

c) Réclamant concurrent

11. Dans la loi sur les opérations garanties, le concept de “réclamant concurrent” est employé pour désigner les parties, autres que le créancier garanti dans une convention constitutive de sûreté donnée, qui pourraient revendiquer un droit sur un bien grevé ou sur le produit de sa disposition (voir le terme “réclamant concurrent”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation). Ainsi, le *Guide* emploie le terme “réclamant concurrent” au sens de réclamant qui est en concurrence avec un créancier garanti (autrement dit le réclamant est un autre créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien, un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien, le représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité visant le constituant, un acheteur du même bien ou une autre personne à laquelle le bien est transféré, un preneur du bien à bail ou un preneur du bien sous licence). Le terme “réclamant concurrent” est essentiel pour l'application, en particulier, des règles de priorité recommandées dans le *Guide*, par exemple la règle de la recommandation 76, selon laquelle un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des créances qui a inscrit un avis au registre général des sûretés a priorité sur un autre créancier garanti qui a acquis du même constituant une sûreté sur les mêmes créances avant l'autre créancier mais qui ne l'a pas inscrite.

12. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, le terme “réclamant concurrent” n'est pas employé et les conflits de priorité renvoient généralement à des conflits entre bénéficiaires de transferts et preneurs de licences de propriété intellectuelle, même s'il n'y a pas de conflit avec un créancier garanti (l'auteur d'une atteinte à la propriété intellectuelle n'est pas un réclamant concurrent et, si l'auteur d'une prétendue atteinte prouve qu'il détient un droit légitime, il s'agit alors du bénéficiaire d'un transfert ou d'un preneur de licence mais non d'un contrevenant). La loi sur les opérations garanties n'intervient pas dans le règlement de ces conflits qui n'impliquent pas de créancier garanti (ni de bénéficiaire d'un transfert à titre de garantie, traité dans le *Guide* comme un créancier garanti). Il s'ensuit qu'un conflit entre deux personnes bénéficiant d'un transfert pur et simple ne serait pas régi par le *Guide*. En revanche, un conflit entre le bénéficiaire d'un transfert de droits de propriété intellectuelle à titre de garantie et le bénéficiaire d'un transfert pur et simple de ces mêmes droits serait régi par le

Guide, sous réserve des limites prévues dans la recommandation 4, alinéa b) (voir recommandations 78 et 79).

d) Bien grevé

13. Le *Guide* emploie le terme “bien grevé” pour désigner un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière (voir le terme “bien grevé”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l’interprétation). Il parle par convention d’une sûreté réelle mobilière sur “un bien grevé” mais, en fait, il faut entendre par là que la sûreté porte sur “tout droit que le constituant a sur le bien et qu’il a l’intention de grever”.

14. Le *Guide* emploie également divers termes pour désigner le type particulier de propriété intellectuelle susceptible d’être grevé sans affecter la nature, le contenu ou les conséquences juridiques de ces termes aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, du droit des contrats et du droit des biens. Ces types de propriété intellectuelle susceptibles d’être affectés en garantie d’un crédit comprennent les droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle (“propriétaire”), ceux d’un cessionnaire ou d’un ayant cause d’un propriétaire, ceux d’un donneur ou d’un preneur de licence dans le cadre d’un accord de licence, de même que les droits sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, à condition que le droit de propriété intellectuelle soit décrit comme un bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence peuvent grever tout ou partie de leurs droits, si ceux-ci sont considérés comme transférables par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

15. Selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les droits d’un propriétaire comprennent généralement le droit d’empêcher l’utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle, le droit de renouveler les inscriptions, le droit de poursuivre les auteurs d’atteintes et le droit de réaliser des transferts et d’octroyer des licences sur sa propriété intellectuelle. Par exemple, dans le cas d’un brevet, le propriétaire du brevet a le droit exclusif d’empêcher certains actes, comme la fabrication, l’utilisation ou la vente du produit breveté sans son autorisation.

16. Généralement, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et le droit des contrats, les droits d’un donneur et d’un preneur de licence dépendent des conditions de l’accord de licence (en cas de licence contractuelle), de la loi (en cas de licence obligatoire ou légale) ou des conséquences juridiques d’un comportement donné (dans le cas d’une licence implicite). Par ailleurs, le donneur de licence a normalement le droit de recevoir paiement de redevances et le droit de mettre fin à l’accord de licence. De son côté, le preneur de licence a l’autorisation d’utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux conditions de l’accord de licence et éventuellement le droit de conclure des accords de sous-licence et d’obtenir paiement de redevances au titre de ces sous-licences (voir le terme “licence”, par. 23 à 25 ci-après). Les droits du constituant d’une sûreté sur un bien meuble corporel en rapport avec lequel est utilisée une propriété intellectuelle sont décrits dans la convention conclue entre le créancier garanti et le constituant (propriétaire, donneur ou preneur de licence de la propriété intellectuelle concernée) conformément à la loi sur les

opérations garanties et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

e) Constituant

17. Le *Guide* emploie le terme “constituant” pour désigner la personne qui constitue une sûreté réelle mobilière en vue de garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne (voir le terme “constituant”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l’interprétation). Comme il a déjà été indiqué, dans une opération garantie portant sur une propriété intellectuelle, plusieurs types de biens peuvent être grevés: les droits du propriétaire de la propriété intellectuelle, les droits du donneur de licence (comprenant le droit de percevoir des redevances) ou l’autorisation pour le preneur de licence d’utiliser ou d’exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence, le droit d’octroyer des sous-licences et le droit de percevoir des redevances au titre de ces sous-licences. Ainsi, selon le type de propriété intellectuelle grevé, le terme “constituant” désignera le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence (bien que, contrairement au propriétaire, un donneur ou un preneur de licence ne jouisse pas nécessairement de droits exclusifs selon l’interprétation de ce terme dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle). Enfin, comme dans toute opération garantie portant sur d’autres types de biens meubles, le terme “constituant” peut désigner un tiers qui consent une sûreté réelle mobilière sur sa propriété intellectuelle afin de garantir l’obligation due par un débiteur à un créancier garanti.

f) Propriété intellectuelle

18. Dans le *Guide* (voir le terme “propriété intellectuelle”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l’interprétation), le terme “propriété intellectuelle” désigne les droits d’auteur, les marques de produits, les brevets, les marques de services, les secrets d’affaires, les dessins et modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l’État adoptant ou par un accord international auquel il est partie (comme, par exemple, les droits voisins, apparentés ou connexes² ou les variétés végétales). En outre, lorsque l’on parle dans le *Guide* de “propriété intellectuelle”, on parle des “droits de propriété intellectuelle”, comme, par exemple, les droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle, d’un donneur ou d’un preneur de licence. Le commentaire du *Guide* explique que la définition du terme “propriété intellectuelle” est conçue dans le *Guide* de telle sorte que ce dernier soit conforme au droit contenant des dispositions

² Au “droit d’auteur” se rattachent étroitement les “droits voisins”, également appelés droits apparentés ou droits connexes. On dit que ces droits se trouvent dans le “voisinage” du droit d’auteur. Le terme couvre généralement les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, mais dans certains pays il peut aussi englober les droits des producteurs de films, ou les droits sur les photographies. On emploie parfois les termes “Diritti Connessi” (“droits connexes”) ou “Verwandte Schutzrechte” (“droits apparentés”) mais le terme usuel est “droits voisins” (“neighbouring rights” en anglais). Au niveau international, les droits voisins sont généralement protégés par la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion faite à Rome le 26 octobre 1961. Une protection supplémentaire a été accordée à certains artistes interprètes ou exécutants ainsi qu’à certains producteurs de phonogrammes dans le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996.

ayant trait à la propriété intellectuelle, tout en laissant à un État adoptant la faculté d'aligner cette définition sur son propre droit, qu'il s'agisse du droit national ou du droit découlant des traités (voir Introduction du *Guide*, note 33). Un État adoptant peut ajouter à la liste susmentionnée ou en supprimer certains types de propriété intellectuelle pour se conformer à son droit national³. Autrement dit, le *Guide* considère comme "propriété intellectuelle" aux fins de ses propres dispositions tout ce que l'État adoptant considère comme étant de la propriété intellectuelle conformément à son droit national et à ses obligations internationales.

19. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, le droit de propriété intellectuelle lui-même se distingue des revenus qui en découlent, par exemple des revenus tirés de l'exercice de droits de radiodiffusion. Dans le *Guide*, les revenus découlant d'un droit de propriété intellectuelle sont traités comme des "créances" et pourraient constituer le bien initialement grevé, s'ils sont désignés comme tels dans la convention constitutive de sûreté, ou le produit de la propriété intellectuelle si le bien grevé initial est une propriété intellectuelle. Toutefois, le traitement de ces revenus dans le *Guide* n'exclut pas un traitement différent aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, le droit du donneur de licence à une rémunération équitable pourrait être considéré à ces fins comme faisant partie du droit de propriété intellectuelle dudit donneur (pour le traitement des créances dans la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 21 à 29).

20. Il est également important de noter qu'un accord de licence portant sur la propriété intellectuelle n'est pas une opération garantie et qu'une licence avec droit de mettre fin à l'accord de licence ne constitue pas une sûreté réelle mobilière. La loi sur les opérations garanties n'a donc aucune incidence sur les droits et obligations d'un donneur ou d'un preneur découlant d'un accord de licence. Par exemple, la faculté du propriétaire, du donneur ou du preneur de limiter la transférabilité de leurs droits de propriété intellectuelle reste intacte. Cela étant, il conviendrait de noter que, si la faculté du propriétaire de la propriété intellectuelle d'octroyer une licence dépend du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la question de savoir si le créancier garanti du propriétaire peut, par convention, interdire à ce dernier d'octroyer une licence relève, quant à elle, de la loi sur les opérations garanties et est traitée dans le projet de supplément (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1).

g) Stocks

21. Dans le *Guide*, le terme "stocks" désigne les biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires du constituant, ainsi que les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication) (voir le terme "stocks", Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation). Aux fins du projet de supplément, ce terme inclut une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle que le constituant utilise ou a l'intention d'utiliser pour la vendre ou la mettre sous licence dans le cours normal de ses affaires.

³ Voir note 24 de l'Introduction du *Guide*.

h) Droit et droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

22. Ainsi qu'il a été mentionné (voir par. 3 ci-dessus), le commentaire du *Guide* explique que le terme "droit" employé dans le *Guide* désigne tant les règles d'origine législative que les règles d'origine non législative. Il explique également que l'expression "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle" (voir recommandation 4, alinéa b)) a une portée plus vaste que le terme "droit de la propriété intellectuelle" (qui traite, par exemple, directement des brevets, des marques ou des droits d'auteur) mais plus étroite que la notion de droit commun des contrats ou des biens (voir Introduction du *Guide*, par. 19). Cette expression désigne en particulier le droit national ou le droit découlant d'accords internationaux auxquels un État est partie, qui porte sur la propriété intellectuelle et qui régit spécifiquement les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, et non le droit qui s'applique d'une manière générale aux sûretés sur divers types de biens et qui, par voie de conséquence, pourrait s'appliquer aux sûretés sur la propriété intellectuelle. À titre d'exemple de "droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle", on pourrait citer les règles qui s'appliquent spécifiquement aux nantissements ou aux hypothèques de droits d'auteur sur des logiciels, pour autant que ces règles fassent bien partie du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et qu'elles ne soient pas une simple application du droit général des nantissements ou des hypothèques dans le contexte de la propriété intellectuelle.

i) Licence

23. Le *Guide* emploie également le terme "licence" (qui englobe la sous-licence) dans une acception générale, tout en reconnaissant que, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une distinction peut souvent être faite: a) entre les licences contractuelles (explicites ou implicites) et les licences obligatoires ou légales, qui ne découlent pas d'un accord; b) entre un accord de licence et la licence octroyée par l'accord (par exemple l'autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence); et c) entre les licences exclusives (pouvant être considérées comme des transferts dans le droit de certains États contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle) et les licences non exclusives. En outre, dans le *Guide*, un accord de licence n'emporte pas de lui-même constitution d'une sûreté réelle mobilière et une licence avec droit de mettre fin à l'accord de licence n'est pas une sûreté réelle mobilière.

24. Le soin de définir précisément ces termes est toutefois laissé au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ainsi qu'au droit des contrats et à tout autre droit applicable (par exemple, la Recommandation commune concernant les licences de marques adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'OMPI (2000)⁴ et le Traité de Singapour sur le droit des marques (2006)⁵). En particulier, une sûreté réelle mobilière sur des droits découlant d'un accord de licence n'a pas d'incidence sur les conditions de cet accord (de même qu'une sûreté réelle mobilière sur une créance née d'une vente n'a pas d'incidence sur les conditions du contrat de vente). Il s'ensuit notamment que le créancier garanti

⁴ http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.

⁵ <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/singapore>.

n'acquiert pas plus de droits que le constituant (voir recommandation 13). Ainsi, le *Guide* n'a aucune incidence sur les limites ou clauses d'un accord de licence relatives à la description de la propriété intellectuelle concernée, aux utilisations autorisées ou restreintes, ainsi qu'à la région géographique d'utilisation et à la durée de cette utilisation. Par conséquent, une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits de projection publique" du film A dans le pays X pour une durée de "10 ans à partir du 1^{er} janvier 2008" peut être octroyée; elle différera d'une licence exclusive autorisant l'exploitation des "droits vidéo" sur le film A dans le pays Y pour une période de "10 ans à partir du 1^{er} janvier 2008".

25. Le *Guide* n'a aucune incidence non plus sur la manière dont le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qualifie les droits découlant d'un accord de licence. Il n'affecte pas, par exemple, la nature des droits créés par un accord de licence exclusive en tant que droits réels, ni la nature d'une licence exclusive en tant que transfert, comme c'est le cas dans certains droits contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a aucune incidence non plus sur les clauses de l'accord de licence limitant la transférabilité des droits mis sous licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 31, A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 40 et 41, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, par. 15, 24 et 25).

j) Créance et cession

26. Le terme "créance" désigne, dans le *Guide* (voir le terme "créance", Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation) et dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (dénommée ci-après "Convention des Nations Unies sur la cession"; voir art. 2)⁶, un droit au paiement d'une obligation monétaire. Aux fins du *Guide*, le terme englobe par conséquent le droit d'un donneur de licence (qui peut être ou non propriétaire) ou d'un preneur de licence/donneur de sous-licence d'obtenir paiement des redevances de licence (sans incidence sur les clauses de l'accord de licence, par exemple une clause dans laquelle le preneur de licence convient avec le donneur de licence de ne pas constituer de sûreté réelle mobilière sur son droit au paiement des redevances de sous-licence). La signification et la portée exactes des redevances de licence dépendent des clauses de l'accord de licence relatives au paiement des redevances, lesquelles peuvent stipuler, par exemple, que les versements doivent être échelonnés ou qu'ils prendront la forme d'un pourcentage en fonction des conditions du marché ou du chiffre d'affaires (pour ce qui est du terme "créancier garanti", voir par. 29 et 30 ci-dessous; pour la distinction entre créancier garanti et propriétaire de propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 10 à 12).

27. Le *Guide* emploie le terme "cession", s'agissant des créances, pour désigner non seulement les cessions pures et simples, mais aussi les cessions à titre de garantie (qu'il traite comme des opérations garanties) et les opérations constitutives d'une sûreté réelle mobilière sur une créance. Afin de ne pas donner l'impression que les recommandations du *Guide* relatives aux cessions de créances s'appliquent également aux "cessions" de propriété intellectuelle (le terme "cession" étant utilisé dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle), le

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

terme “transfert” (et non “cession”) est employé dans le projet de supplément pour désigner le transfert des droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle. Alors que la loi recommandée dans le *Guide* s’applique à tous les types de cessions de créances, elle ne s’applique pas aux transferts purs et simples d’un droit autre qu’une créance (voir les recommandations 2, alinéa d), et 3); voir également A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, par. 5 à 7). Il conviendrait également de noter que, si le soin de définir ce qui constitue un “transfert” ou une “licence” est laissé au droit des biens ou au droit des contrats applicable, le terme “transfert” ne désigne pas, dans le *Guide*, un accord de licence.

k) Propriétaire

28. Le terme “propriétaire” d’un bien grevé, qu’il s’agisse ou non d’une propriété intellectuelle, n’est pas expliqué dans le *Guide*. C’est une question qui relève du droit des biens applicable. Aussi le *Guide* emploie-t-il le terme “propriétaire de propriété intellectuelle”, dans le sens où il est compris par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, comme désignant généralement la personne autorisée à exercer les droits exclusifs découlant de la propriété intellectuelle ou la personne à laquelle ces droits ont été transférés, à savoir le créateur, l’auteur ou l’inventeur ou encore son ayant cause (pour la question de savoir si un créancier garanti peut exercer les droits d’un propriétaire de propriété intellectuelle, voir par. 29 et 30 ci-dessous et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 10 à 12).

l) Créancier garanti

29. Le *Guide* reconnaît qu’une convention constitutive de sûreté emporte création d’une sûreté réelle mobilière, qui s’entend comme un droit réel limité, et non comme un droit de propriété, sur un bien grevé à condition, bien entendu, que le constituant ait le droit de créer une telle sûreté sur le bien en question (voir recommandation 13). De ce fait, le terme “créancier garanti” (qui comprend le bénéficiaire d’un transfert à titre de garantie) désigne, dans le *Guide*, le titulaire d’une sûreté réelle mobilière et non le bénéficiaire d’un transfert pur et simple ou le propriétaire (même si, pour plus de commodité, le terme inclut aussi le bénéficiaire d’une cession pure et simple de créances; voir le terme “créancier garanti”, Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l’interprétation). Autrement dit, un créancier garanti qui acquiert une sûreté réelle mobilière conformément aux dispositions du *Guide* n’est pas présumé acquérir ce faisant la propriété. En effet, l’objectif est essentiellement de protéger le constituant/propriétaire qui conserve la propriété et souvent la possession ou le contrôle du bien grevé, tout en préservant suffisamment les intérêts du créancier garanti si le constituant ou autre débiteur ne paie pas l’obligation garantie. En tout état de cause, les créanciers garantis ne souhaitent normalement pas assumer les obligations et les coûts liés à la propriété et le *Guide* ne les y contraint pas. Il en découle, par exemple, que, même après la constitution d’une sûreté réelle mobilière, le propriétaire du bien grevé peut exercer tous ses droits en qualité de propriétaire (sous réserve, bien entendu, des limites qu’il ait pu convenir avec le créancier garanti). Il convient aussi de noter que, même lorsque le créancier garanti dispose du bien grevé en réalisation de sa sûreté après la défaillance, il ne devient pas nécessairement propriétaire. Il ne fait en l’occurrence que mettre en œuvre sa sûreté. En cas de défaillance, ce n’est qu’après avoir proposé d’acquérir les droits de propriété du constituant sur le bien grevé à titre

d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie (en l'absence d'objection de la part du constituant, du débiteur et de toute autre personne concernée; voir recommandations 157 et 158) ou qu'après avoir acquis les droits de propriété du constituant en achetant le bien dans une vente effectuée en réalisation de la sûreté, que le créancier garanti pourra devenir propriétaire.

30. Aux fins de la loi sur les opérations garanties, cette qualification de la convention constitutive de sûreté et des droits du créancier garanti vaut également lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Le *Guide* n'a cependant aucune incidence sur les différentes qualifications prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour les questions relevant spécifiquement de la propriété intellectuelle. Dans ce droit, il se peut qu'une convention constitutive de sûreté soit qualifiée de transfert des droits de propriété intellectuelle d'un propriétaire, d'un donneur ou d'un preneur de licence, et que le créancier garanti ait les droits d'un propriétaire, d'un donneur ou d'un preneur de licence, par exemple le droit de conserver la propriété intellectuelle grevée et donc de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer des licences ou de poursuivre les auteurs d'atteintes. Aucune disposition de la loi sur les opérations garanties n'empêche donc, par exemple, un créancier garanti de convenir avec le constituant/propriétaire, donneur ou preneur de licence qu'il assumera la qualité de propriétaire, de donneur ou de preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée (voir recommandation 10 et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1). Si la convention garantit ou vise à garantir l'exécution d'une obligation et si le droit de la propriété intellectuelle autorise un créancier garanti à devenir propriétaire, donneur ou preneur de licence, le terme "créancier garanti" peut désigner un propriétaire, un donneur ou un preneur de licence dans la mesure permise par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Dans ce cas, la loi sur les opérations garanties s'appliquera pour les questions qu'elle régit normalement, telles que la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, et la loi applicable à ladite sûreté (sous réserve de la limitation prévue à la recommandation 4, alinéa b)), et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle s'appliquera pour les questions qu'il régit normalement, comme le fait de traiter avec les autorités publiques, d'octroyer des licences ou de poursuivre les auteurs d'atteintes (pour la distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle, voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 10 à 12).

m) Sûreté réelle mobilière

31. Le *Guide* parle de "sûreté réelle mobilière" pour désigner tous les types de droits réels constitués sur un bien meuble par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit leur dénomination (voir le terme "sûreté réelle mobilière", Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation, et les recommandations 2, alinéa d), et 8). En conséquence, le terme "sûreté réelle mobilière" engloberait aussi le droit d'une personne bénéficiant d'un nantissement ou d'une hypothèque sur une propriété intellectuelle, de même que le droit d'une personne bénéficiant d'un transfert effectué à titre de garantie. Les États qui adoptent la loi recommandée dans le *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et coordonner la terminologie employée dans celui-ci avec celle utilisée dans la loi que recommande le *Guide*.

n) Transfert

32. Le *Guide* emploie le terme “transfert pur et simple” pour désigner le transfert de propriété (voir chapitre I du *Guide* sur le champ d’application, par. 25). La signification exacte de ce terme relève cependant du droit des biens. Le *Guide* emploie également le terme “transfert à titre de garantie” pour désigner une opération qui, malgré l’appellation de “transfert”, est fonctionnellement une opération garantie. Du fait qu’il adopte une approche fonctionnelle, intégrée et globale en matière d’opérations garanties (voir les recommandations 2, alinéa d), et 8), le *Guide*, aux fins de la loi qu’il recommande, considère le transfert à titre de garantie comme une opération garantie. Dans la mesure où une qualification différente d’un transfert à titre de garantie prévue dans un autre droit s’appliquerait à tous les biens, il ne s’agit pas là d’une question pour laquelle le *Guide* donnerait préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, alinéa b), et par. 2 à 7 ci-dessus). Cela n’a toutefois aucune incidence sur une qualification différente d’un transfert autre qu’un transfert pur et simple aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Dans le droit de la propriété intellectuelle, par exemple, l’expression “transfert autre qu’un transfert pur et simple” peut désigner le transfert d’une partie des droits exclusifs d’un donneur à un preneur de licence, le donneur gardant certains droits (s’agissant des transferts purs et simples de propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, par. 5 à 7).

D. Évaluation de la propriété intellectuelle à grever

[*Note à l’intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 33 à 45, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 40 à 52, A/CN.9/685, par. 23, A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 33 à 46, A/CN.9/670, par. 21 à 26, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 22 à 41, A/CN.9/667, par. 23 et 24, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 8 à 21, et A/CN.9/649, par. 108.*]

33. L’évaluation des biens à grever est une question que tout constituant et tout créancier garanti prudents devront traiter indépendamment du type de bien qui sera affecté en garantie. L’évaluation de la propriété intellectuelle peut cependant être plus difficile, du moins dans la mesure où elle pose la question de savoir si cette propriété intellectuelle peut faire l’objet d’une exploitation économique pour générer des revenus. Par exemple, une fois un brevet créé, la question est de savoir si celui-ci est susceptible d’une quelconque application commerciale et, dans l’affirmative, quel serait le montant des revenus pouvant être tirés de la vente de produits brevetés.

34. La loi sur les opérations garanties ne peut répondre à cette question. Néanmoins, dans la mesure où elle a une incidence sur l’affectation de la propriété intellectuelle en garantie d’un crédit, il est nécessaire de comprendre et de traiter certaines difficultés liées à l’évaluation de la propriété intellectuelle. Par exemple, un problème tient au fait que l’évaluation doit prendre en compte la valeur de la propriété intellectuelle elle-même et les flux de recettes escomptés, mais qu’il n’existe aucune formule universellement acceptée pour ce calcul. Toutefois, étant donné l’importance grandissante de la propriété intellectuelle en tant que garantie de crédits, prêteurs et emprunteurs peuvent généralement, dans certains États,

demander conseil à des experts indépendants en évaluation de la propriété intellectuelle. En outre, les parties peuvent recourir, dans certains États, aux méthodes d'évaluation élaborées par des institutions nationales, telles que les associations de banques. Elles peuvent aussi recourir aux formations à l'évaluation de la propriété intellectuelle en général ou pour les accords de licence en particulier, offertes par des organisations internationales comme l'OMPI. Elles peuvent enfin recourir aux règles d'évaluation de la propriété intellectuelle en tant que bien susceptible d'être affecté en garantie d'un crédit, élaborées par d'autres organisations internationales, comme l'Organisation de coopération et de développement économiques.

E. Exemples de pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle

35. On peut diviser les opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle en deux grandes catégories. La première comprend les opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit (à savoir les droits d'un propriétaire, d'un donneur de licence ou d'un preneur de licence). Dans ce type d'opérations, le fournisseur du crédit se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur des brevets, des marques, des droits d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle de l'emprunteur. Les exemples 1 à 4 ci-après illustrent cette catégorie d'opérations. Ainsi, dans l'exemple 1 sont grevés les droits d'un propriétaire, dans les exemples 2 et 3, les droits d'un donneur de licence et, dans l'exemple 4, les droits d'un preneur de licence.

36. La deuxième catégorie d'opérations concerne les opérations de financement qui combinent la propriété intellectuelle et d'autres biens meubles, tels que du matériel, des stocks ou des créances. L'exemple 5 en est une illustration. Il s'agit d'un crédit octroyé à un fabricant, garanti par une sûreté réelle mobilière portant sur presque tous ses biens, y compris ses droits de propriété intellectuelle.

37. Chacun des exemples illustre comment les propriétaires, les donneurs de licence et les preneurs de licence de propriété intellectuelle peuvent utiliser ces biens pour garantir un crédit. Dans chaque cas, un prêteur potentiel prudent s'attachera avec une diligence raisonnable à déterminer la nature et l'étendue des droits des propriétaires et des preneurs de licence de la propriété intellectuelle concernée et à évaluer dans quelle mesure le financement proposé risque ou non d'affecter ces droits. La possibilité pour le prêteur de traiter ces questions de manière satisfaisante, en obtenant, au besoin, le consentement et d'autres accords des propriétaires de la propriété intellectuelle, influera sur sa volonté d'accorder le crédit demandé et sur le coût de ce crédit. Chacune de ces catégories d'opérations non seulement utilise différents types (ou différentes combinaisons) de biens grevés mais pose également différents problèmes juridiques à un prêteur potentiel ou autre fournisseur de crédit⁷.

⁷ Il se peut que certaines de ces questions soient traitées dans la législation régissant des droits de propriété intellectuelle particuliers. L'article 19, par exemple, du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire dispose que la marque communautaire peut être donnée en gage ou faire l'objet d'un autre droit réel et que, sur requête d'une des parties, ces droits peuvent être inscrits au registre des marques communautaires.

Exemple 1 (droits d'un propriétaire sur un portefeuille de brevets et de demandes de brevet)

38. La Société A, entreprise pharmaceutique qui développe constamment de nouveaux médicaments, souhaite obtenir de la Banque A une ligne de crédit permanent garantie en partie par son portefeuille de brevets et de demandes de brevet actuels et futurs de médicaments. Elle donne à la Banque A une liste de tous ses brevets et demandes de brevet existants, en indiquant la chaîne des titulaires successifs. La Banque A détermine quels brevets et demandes de brevet entreront dans la "base d'emprunt" (autrement dit, l'ensemble des brevets et des demandes de brevet auxquels la Banque acceptera d'attribuer une valeur pour l'emprunt) et pour quelle valeur. Parallèlement, elle demande à un expert indépendant en propriété intellectuelle d'évaluer les brevets et les demandes de brevet. Elle obtient ensuite une sûreté réelle mobilière sur le portefeuille de brevets et de demandes de brevet et inscrit un avis concernant sa sûreté dans le registre national de brevets approprié (à supposer que le droit applicable prévoit l'inscription des sûretés réelles mobilières sur le registre des brevets). Lorsque la Société A obtient un nouveau brevet, elle en indique les titulaires successifs et en fournit une évaluation à la Banque A, qui inclura ce brevet dans la base d'emprunt. La Banque évalue les informations, détermine le montant du crédit supplémentaire qu'elle va octroyer sur la base de ce nouveau brevet, et modifie la base d'emprunt en conséquence. Elle procède alors aux inscriptions appropriées sur le registre des brevets concernant sa sûreté sur le nouveau brevet.

Exemple 2 (droits d'un donneur de licence sur les redevances d'une licence d'exploitation d'une œuvre d'arts graphiques)

39. La Société B, éditeur de bandes dessinées, accorde sous licence le droit d'utiliser ses personnages, protégés par le droit d'auteur, à un grand nombre de fabricants de vêtements, de jouets, de logiciels interactifs et d'accessoires. Aux termes de l'accord de licence standard, les preneurs de licence sont tenus de rendre compte de leur chiffre d'affaires et de payer des redevances sur ce chiffre tous les trimestres. La Société B souhaite emprunter à la Banque B une somme garantie par le flux prévu de redevances dues au titre de ces accords de licence. Elle communique à la Banque B une liste des licences, avec indication du profil de solvabilité des preneurs et de la situation de chaque accord de licence. La Banque B demande alors à la Société B d'obtenir un "certificat d'estoppel" de chaque preneur attestant l'existence de la licence, l'absence de défaillance et le montant dû et confirmant l'engagement du preneur de payer les redevances futures à la partie appropriée (par exemple Société B, Banque B ou compte de garantie bloqué) jusqu'à nouvel ordre.

Exemple 3 (droits d'un donneur de licence sur les redevances d'une licence d'exploitation d'un film)

40. La Société C, entreprise cinématographique, souhaite produire un film. Elle crée une société distincte chargée de la production et du recrutement des scénaristes, producteurs, réalisateurs et acteurs. La société de production obtient de la Banque C un prêt garanti par le droit d'auteur, les contrats de services et toutes les recettes qui proviendront de l'exploitation du film dans le futur. Elle conclut ensuite des accords de licence avec des distributeurs de multiples pays qui acceptent de payer une

“avance” sur les redevances une fois le film achevé et livré. Pour chaque licence, la Société de production C, la Banque C et le distributeur/preneur de licence concluent un accord “de reconnaissance et de cession”, dans lequel le preneur reconnaît la sûreté préexistante de la Banque C et la cession à cette dernière des redevances qu’il paie, tandis que la Banque s’engage, si elle doit réaliser sa sûreté sur les droits du donneur de la licence, à ne pas mettre fin à cette dernière aussi longtemps que le preneur paie et se conforme à tous autres égards à l’accord de licence.

Exemple 4 (autorisation pour un preneur de licence d’utiliser ou d’exploiter un logiciel sous licence)

41. La Société D conçoit des logiciels complexes utilisés dans plusieurs applications architecturales. Certains composants des logiciels sont créés par ses propres ingénieurs (composants dont la société concède à ses clients l’utilisation sous licence). La Société incorpore également dans ses produits des composants de logiciels qu’elle utilise sous licence obtenue auprès de tiers (et pour lesquels elle octroie ensuite des sous-licences à ses clients). Elle souhaite obtenir de la Banque D un prêt garanti par une sûreté réelle mobilière grevant ses droits en tant que preneur de licence de propriété intellectuelle, à savoir son droit d’utiliser et d’incorporer dans ses logiciels certains composants dont elle se sert sous licence obtenue auprès de tiers. À titre de preuve, le concepteur de logiciels peut fournir à la Banque D une copie de l’accord de licence qu’il a obtenu sur les composants.

Exemple 5 (sûreté réelle mobilière grevant tous les biens d’une entreprise)

42. La Société E, fabricant et distributeur de cosmétiques, souhaite obtenir un crédit de 200 millions d’euros afin de disposer d’un fonds de roulement continu pour ses activités. La Banque E envisage d’octroyer ce crédit, à condition qu’il soit garanti par ce que l’on appelle un “nantissement d’entreprise”, une “charge flottante” ou une sûreté sur l’ensemble des biens, qui permet à la Banque d’obtenir une sûreté sur la quasi-totalité des biens présents et futurs de la Société, y compris tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs dont elle est propriétaire ou qu’elle exploite sous licence obtenue auprès de tiers.

43. Outre les opérations mentionnées ci-dessus, il existe d’autres opérations dans lesquelles sont affectés en garantie des biens autres que la propriété intellectuelle, tels des stocks ou du matériel, dont la valeur est fondée dans une certaine mesure sur la propriété intellectuelle qui s’y rattache. Les exemples 6 et 7 ci-après illustrent ce type d’opérations. Comme indiqué dans le projet de supplément (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 32 à 36), une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel ne s’étend pas automatiquement à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien. Si un créancier garanti souhaite prendre une sûreté sur la propriété intellectuelle, celle-ci doit être décrite dans la convention constitutive de sûreté comme faisant partie intégrante du bien grevé.

Exemple 6 (droits d’un fabricant de stocks de marque)

44. La Société F, fabricant de jeans et d’autres vêtements de grands couturiers, souhaite emprunter à la Banque F un certain montant garanti en partie par ses stocks de produits finis. Nombre des articles qu’elle fabrique portent des marques célèbres qu’elle exploite en vertu d’accords de licence conclus avec des tiers qui l’autorisent à fabriquer et à vendre les articles en question. La Société F fournit à la Banque F

les accords de licence attestant son droit d'utiliser les marques et indiquant les obligations contractées auprès du propriétaire de la marque. La Banque lui octroie un crédit sur la valeur des stocks.

Exemple 7 (droits d'un distributeur de stocks de marque)

45. La Société G, qui est l'un des distributeurs de la Société F (voir exemple 6), souhaite emprunter à la Banque G une somme garantie en partie par ses stocks de jeans de grands couturiers et autres vêtements qu'elle achète à la Société F et dont une bonne partie porte des marques célèbres que la Société G exploite sous licence obtenue auprès de tiers. La Société G fournit à la Banque G les factures émises par la Société F prouvant qu'elle a acquis les jeans dans le cadre d'une vente autorisée, ou bien copie des accords conclus avec la Société F attestant que les jeans distribués par la Société G sont authentiques. La Banque G octroie un crédit à la Société G sur la valeur des stocks.

F. Principaux objectifs et principes fondamentaux

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 46 à 52, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39, par. 53 à 59, A/CN.9/685, par. 25, A/CN.9/WG.VI/WP.37, par. 47 à 53, A/CN.9/670, par. 27, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 42 à 45, A/CN.9/667, par. 25 à 28, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 61 à 75, et A/CN.9/649, par. 88 à 97.*]

46. Comme il a déjà été indiqué (voir par. 1 plus haut), le *Guide* a pour objectif général de promouvoir le crédit garanti. Il examine plusieurs objectifs supplémentaires, comme la prévisibilité et la transparence (voir Introduction du *Guide*, section D.2), qui concourent à la réalisation de cet objectif général. Il énonce également plusieurs principes fondamentaux sur lesquels il s'appuie. Ces principes sont notamment les suivants: le champ d'application large des lois sur les opérations garanties, l'approche intégrée et fonctionnelle des opérations garanties (approche dans laquelle toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté, quelle que soit leur dénomination, sont considérées comme des mécanismes de sûreté) et la possibilité de consentir une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir Introduction du *Guide*, section D.3).

47. Ces objectifs principaux et ces principes fondamentaux sont tout aussi valables pour les opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle. Ainsi, le *Guide* a pour objectif général, en ce qui concerne la propriété intellectuelle, de promouvoir le crédit garanti en faveur des entreprises propriétaires d'une propriété intellectuelle ou autorisées à exploiter une propriété intellectuelle, en leur permettant d'utiliser les droits s'y rattachant comme biens grevés, sans nuire aux droits légitimes des propriétaires, des donneurs de licence et des preneurs de licence découlant du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ainsi que du droit des contrats ou du droit général des biens. De même, tous les objectifs et principes mentionnés ci-dessus s'appliquent aux opérations garanties dans lesquelles le bien grevé est une propriété intellectuelle ou comprend une propriété intellectuelle. Par exemple, le *Guide* vise à:

a) Permettre aux personnes ayant des droits sur une propriété intellectuelle d'utiliser cette dernière pour garantir un crédit (voir Principal objectif 1, al. a));

b) Permettre aux personnes ayant des droits sur une propriété intellectuelle d'utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir des crédits (voir Principal objectif 1, al. b));

c) Permettre aux personnes ayant des droits sur une propriété intellectuelle de constituer une sûreté réelle mobilière sur ces droits de manière simple et efficace (voir Principal objectif 1, al. c));

d) Laisser aux parties à des opérations garanties concernant une propriété intellectuelle le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté (voir Principal objectif 1, al. i))

e) Permettre aux parties intéressées de déterminer l'existence de sûretés réelles mobilières sur une propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. f));

f) Permettre aux créanciers garantis de déterminer la priorité de leur sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle de manière claire et prévisible (voir Principal objectif 1, al. g)); et

g) Faciliter la réalisation efficace des sûretés réelles mobilières grevant une propriété intellectuelle (voir Principal objectif 1, al. h)).

48. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle a pour but général d'empêcher l'utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité. À cette fin, il accorde certaines prérogatives exclusives aux propriétaires, aux donneurs ou aux preneurs de licence de propriété intellectuelle. Afin d'assurer la réalisation des principaux objectifs de la loi sur les opérations garanties sans compromettre les objectifs du droit de la propriété intellectuelle et de fournir ainsi des mécanismes pour financer l'activité créative et la diffusion des fruits de cette activité, le *Guide* énonce un principe général qui régit la relation entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ce principe figure dans la recommandation 4, alinéa b) (voir les paragraphes 2 à 7 ci-dessus et le document A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, section II, A.4).

49. Il suffit ici de noter que le régime exposé dans le *Guide* ne vise en aucune façon à définir le contenu des droits de propriété intellectuelle, à décrire l'étendue des droits que peut exercer un propriétaire, un donneur ou un preneur de licence, ni à leur interdire de protéger la valeur de leurs droits de propriété intellectuelle en empêchant leur utilisation non autorisée. Ainsi, l'objectif principal, à savoir promouvoir le crédit garanti en ce qui concerne la propriété intellectuelle, sera atteint de façon à ne pas compromettre les objectifs fixés par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, qui sont d'empêcher une utilisation non autorisée de la propriété intellectuelle ou de protéger la valeur de cette dernière et donc d'encourager l'innovation et la créativité.

50. De même, cet objectif principal de promotion du crédit garanti sans compromettre les objectifs du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle signifie que ni l'existence du régime de crédit garanti ni la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle ne devraient diminuer la valeur de la propriété intellectuelle. En conséquence, la création d'une sûreté sur une propriété intellectuelle ne devrait pas, par exemple,

être interprétée à tort comme constituant un abandon involontaire de cette propriété intellectuelle par le propriétaire ou le créancier garanti (par exemple, le défaut d'exploitation sérieuse d'une marque, le fait de ne pas l'utiliser sur tous les produits ou services, ou l'absence de contrôle de la qualité adéquat peut se traduire par une perte de la valeur, voire un abandon, de la propriété intellectuelle).

51. De plus, dans le cas de produits ou de services associés à des marques, cet objectif principal signifie que la loi sur les opérations garanties devrait éviter toute confusion chez les consommateurs quant à l'origine de ces produits ou services. Par exemple, si un créancier garanti remplace le nom et l'adresse du fabricant sur les produits pour y indiquer son nom et son adresse ou lorsqu'il conserve la marque et vend les produits dans un État où la marque appartient à une autre personne, la confusion quant à l'origine des produits est inévitable.

52. Enfin, cet objectif principal signifie que la loi sur les opérations garanties ne devrait pas permettre qu'une sûreté sur les droits d'un preneur de licence qui ne peuvent être transférés sans le consentement du donneur soit constituée sans l'accord de ce dernier.

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Champ d'application et autonomie des parties	1-24
A. Champ d'application large	1-21
B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	22-24

I. Champ d'application et autonomie des parties

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 24, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.1, par. 1 à 24, A/CN.9/685, par. 26 et 27, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 1 à 24, A/CN.9/670, par. 28 à 34, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 46 à 67, A/CN.9/667, par. 29 à 31, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 82 à 108, et A/CN.9/649, par. 81 à 87.]

A. Champ d'application large

1. La loi recommandée dans le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens meubles, y compris la propriété intellectuelle (pour le sens du terme "propriété intellectuelle", voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 18 à 20). Elle prévoit qu'une personne morale ou physique peut constituer ou acquérir une sûreté réelle mobilière, et qu'une sûreté peut garantir tout type d'obligation (voir recommandation 2). Elle s'applique à toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté quelles que soient leur forme et la façon dont elles sont désignées par les parties (voir recommandations 2, al. d), et 8). Le projet de supplément a un champ d'application tout aussi large en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

1. Biens grevés visés

2. C'est au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qu'il revient de qualifier les différents types de propriété intellectuelle et de déterminer si chacun de ces types est susceptible d'être transféré et donc d'être grevé. Le *Guide* et projet de supplément partent cependant du principe général

qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur tout type de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet, une marque ou un droit d'auteur. Ils partent également de l'hypothèse qu'une sûreté peut grever l'un quelconque des divers droits exclusifs d'un propriétaire, les droits d'un donneur de licence, les droits d'un preneur de licence ou les droits sur une propriété intellectuelle utilisée en rapport avec un bien meuble corporel.

3. Une limitation importante est cependant apportée au champ d'application du *Guide* et du projet de supplément. En vertu des règles générales du droit des biens, pour qu'une sûreté puisse être constituée sur un bien, y compris une propriété intellectuelle, il faut que ce bien puisse être transféré conformément au droit des biens et au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, seuls les droits patrimoniaux d'un auteur peuvent, en règle générale, être transférés (et donc grevés), mais non ses droits moraux. La loi recommandée dans le *Guide* ne touche pas ces limitations. Plus spécifiquement, elle ne prévaut pas sur d'autres règles de droit (y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle) si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers, dont la propriété intellectuelle, ou la transférabilité de tels biens (voir recommandation 18). Ne font exception à ce principe que les dispositions légales limitant la cessibilité des créances futures et les cessions globales de créances, qui seraient écartées par une règle ou loi transposant la recommandation pertinente du *Guide* (voir recommandation 23).

2. Opérations visées

4. Comme il a déjà été indiqué (voir par. 1 ci-dessus), la loi recommandée dans le *Guide* s'applique à toutes les opérations ayant fonction de sûreté, indépendamment de la façon dont elles sont désignées par les parties ou par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En d'autres termes, que ce dernier qualifie de transfert conditionnel voire de transfert "pur et simple" le fait de transférer une propriété intellectuelle à un créancier à des fins de garantie, la loi recommandée dans le *Guide* traite cette opération comme donnant naissance à une sûreté réelle mobilière et s'y applique en conséquence dans la mesure où elle a fonction de sûreté (voir recommandations 2, al. d), et 8).

3. Transferts purs et simples de propriété intellectuelle

5. Dans une certaine mesure, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique au transfert pur et simple (en d'autres termes au transfert de la propriété) d'une créance (voir recommandation 3). Du fait qu'elle considère les redevances dues par le preneur d'une licence de propriété intellectuelle au donneur comme des créances de ce dernier, elle s'applique, dans une certaine mesure, au transfert pur et simple du droit de recevoir paiement des redevances (sans avoir d'incidence sur les clauses de l'accord de licence, par exemple, une clause par laquelle le donneur et le preneur conviennent que ce dernier ne constituera pas de sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances de sous-licences). Si les transferts purs et simples de créances sont inclus dans le champ d'application de la loi recommandée par le *Guide*, c'est parce qu'ils sont habituellement considérés comme des opérations de financement et qu'il est souvent difficile, dans la pratique, de les distinguer des

prêts adossés à ces créances. Toutefois, le simple fait que cette loi s'applique en général aux transferts purs et simples de créances ne signifie pas qu'elle requalifie de tels transferts en opérations garanties, car une telle requalification pourrait compromettre d'importantes pratiques de financement par cession de créances, telles que l'affacturage (pour les transferts purs et simples de créances, voir le chapitre I du *Guide* sur le champ d'application, par. 25 à 31; pour un exemple d'opération d'affacturage, voir Introduction du *Guide*, par. 31 à 34).

6. La loi recommandée dans le *Guide* s'applique également aux transferts de tous biens meubles à titre de garantie, qu'elle considère comme une opération donnant naissance à une sûreté réelle mobilière (voir recommandations 2, alinéa d), et 8). C'est pourquoi, si un État adopte les recommandations du *Guide*, un transfert de propriété intellectuelle (qu'il s'agisse de la pleine propriété ou de droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités) effectué à titre de garantie serait traité comme une opération garantie. Cette approche de la loi recommandée dans le *Guide* repose sur le principe selon lequel le fond l'emporte sur la forme pour déterminer si une opération est ou non une opération garantie. Par conséquent, les parties pourront simplement constituer une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle en appliquant les méthodes prévues par la loi recommandée dans le *Guide* sans devoir adopter d'autres formalités de "transfert" aux fins de la loi sur les opérations garanties. Les pratiques en matière de concession de licences ne s'en trouveront cependant pas modifiées étant donné que, selon cette loi, un accord de licence n'emporte pas de lui-même constitution d'une sûreté réelle mobilière et une licence avec le droit de mettre fin à l'accord de licence n'est pas une sûreté réelle mobilière (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 30 à 32).

7. La loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas, par contre, aux transferts purs et simples de biens meubles autres que des créances, non plus qu'aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle (le *Guide* emploie le terme "cession" uniquement pour les créances, afin de ne pas donner l'impression que les recommandations qui s'appliquent à la cession de créances s'appliquent de manière plus générale aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle; voir Introduction du *Guide*, note 24). La loi recommandée dans le *Guide* peut cependant avoir une incidence sur les droits du bénéficiaire du transfert pur et simple d'un bien grevé en cas de conflit de priorité entre les droits de ce bénéficiaire et ceux d'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce même bien. La raison qui explique l'exclusion des transferts purs et simples de biens meubles autres que les créances, y compris des transferts purs et simples de propriété intellectuelle, est que ce type de transfert est normalement régi de manière suffisante par d'autres règles de droit, y compris le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

4. Limites du champ d'application

8. Le *Guide* part du principe que, pour faciliter l'accès à un financement adossé à la propriété intellectuelle, les États adoptant ses recommandations prévoient des règles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans leur régime moderne des opérations garanties. Ces États souhaiteront peut-être par conséquent revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de remplacer tous les mécanismes permettant de constituer une sûreté sur la propriété intellectuelle (dont les nantissements, les hypothèques et les

transferts conditionnels) par le concept général de “sûreté réelle mobilière”. Le *Guide* reconnaît aussi toutefois qu’il faut, ce faisant, respecter les principes et l’infrastructure du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de chaque État adoptant.

9. L’introduction (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, Introduction, sect. B) et divers chapitres du projet de supplément traitent en détail des points de recoupement potentiels entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Aux fins de l’examen plus détaillé des conséquences de la recommandation 4, alinéa b), il est utile à ce stade de distinguer: a) les questions qui relèvent manifestement du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et dans lesquelles le *Guide* n’intervient aucunement; et b) les questions pour lesquelles les règles énoncées dans le *Guide* peuvent être supplantées ou complétées par une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui régit la même question mais d’une manière différente.

a) Distinction entre les droits de propriété intellectuelle et les sûretés réelles mobilières grevant des droits de propriété intellectuelle

10. La loi recommandée dans le *Guide* traite uniquement des questions juridiques qui relèvent exclusivement du droit des opérations garanties, et non des questions relatives à la nature et aux attributs juridiques du bien objet de la sûreté réelle mobilière. Ces dernières questions sont l’apanage des règles du droit des biens applicables en l’espèce (les créances constituant la seule exception partielle dans la mesure où la loi recommandée dans le *Guide* s’applique aussi aux transferts purs et simples de créances).

11. Dans le cadre d’un financement garanti par la propriété intellectuelle, il en découle que la loi recommandée par le *Guide* ne traite pas, ni n’entend traiter, les questions concernant l’existence, la validité, la possibilité de mise en œuvre et le contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant. Ces questions sont tranchées exclusivement par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il va de soi que le créancier garanti devra prêter attention à ces règles afin d’évaluer l’existence et la qualité des biens devant être grevés, mais il en irait de même pour tout type de bien grevé (ainsi, les questions concernant l’existence d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son contenu exact et sa mise en œuvre relèvent de règles autres que celles de la loi sur les opérations garanties). On trouvera ci-après une liste indicative et non exhaustive des questions qui peuvent être traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour cette évaluation. Ce droit peut aborder des questions qui ne figurent pas sur la liste.

Droit d’auteur:

- a) Détermination de la personne ayant qualité d’auteur, de coauteur ou de titulaire des droits;
- b) Durée de la protection du droit d’auteur;
- c) Droits patrimoniaux conférés par le droit ainsi que limites et exceptions à la protection;

- d) Nature de l'objet protégé (expression matérialisée par l'œuvre, et non idée sous-jacente, et distinction entre les deux);
- e) Possibilité en droit de transférer les droits patrimoniaux et droit d'octroyer une licence;
- f) Possibilité de mettre fin à un transfert ou à une licence de droit d'auteur, ou de réglementer autrement un transfert ou une licence;
- g) Portée et non-transférabilité des droits moraux;
- h) Présomptions concernant l'exercice et le transfert des droits et limites concernant la personne autorisée à exercer ces droits;
- i) Attribution de la propriété originelle en cas d'œuvre de commande et d'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi.

Droits voisins (apparentés ou connexes):

- a) Signification et étendue des droits voisins, y compris question de savoir si un État peut reconnaître certains droits voisins dans les règles relatives au droit d'auteur ou dans d'autres règles;
- b) Personnes pouvant revendiquer des droits voisins;
- c) Nature de l'expression protégée;
- d) Relation entre titulaires de droits voisins et titulaires de droits d'auteur;
- e) Étendue des droits exclusifs ou des droits à une rémunération équitable par rapport aux droits voisins;
- f) Tout facteur de rattachement ou formalité à des fins de protection, comme la fixation, la publication ou l'apposition de mentions;
- g) Toutes limites et exceptions à la protection des droits voisins;
- h) Durée de la protection des droits voisins;
- i) Possibilité en droit de transférer des droits voisins et droit d'octroyer des licences;
- j) Possibilité de mettre fin à un transfert ou à une licence de droits voisins, ou de réglementer autrement un transfert ou une licence;
- k) Étendue, durée et non-transférabilité des droits moraux connexes.

Brevets:

- a) Détermination de la personne ayant qualité de propriétaire ou de copropriétaire du brevet;
- b) Validité d'un brevet;
- c) Limites et exceptions à la protection;
- d) Portée et durée de la protection;
- e) Motifs de contestation de la validité (évidence ou absence de nouveauté);

- f) Question de savoir si une publication antérieure ne fait pas partie de l'état de la technique et, par conséquent, ne peut empêcher la brevetabilité;
- g) Question de savoir si la protection est accordée au premier inventeur ou au premier déposant.

Marques de produits et de services:

- a) Détermination du premier utilisateur ou du propriétaire de la marque;
- b) Question de savoir si la protection est octroyée au premier utilisateur de la marque ou au premier déposant et si une protection est octroyée à une marque enregistrée ultérieurement si elle entre en conflit avec une marque déjà enregistrée;
- c) Question de savoir si l'utilisation antérieure est une condition préalable à l'inscription sur un registre des marques ou si le droit est obtenu par l'enregistrement initial puis maintenu du fait de l'utilisation ultérieure;
- d) Conditions de la protection du droit (caractère distinctif);
- e) Motifs de déchéance de la protection (le titulaire ne fait pas en sorte que la marque reste associée aux produits du propriétaire mis sur le marché), par exemple lorsque:
 - i) Une licence est concédée sans que le donneur contrôle directement ou indirectement la qualité ou la nature des produits ou services désignés par la marque ("licence nue"); et
 - ii) La marque est modifiée au point que son apparence ne correspond plus à la marque enregistrée;
- f) Question de savoir si la marque peut être transférée avec ou sans le fonds commercial.

b) Domaines de recoupement potentiel entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

12. Les questions qui viennent d'être mentionnées n'exigent pas qu'il soit donné préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, car la loi recommandée dans le *Guide* n'a pas vocation à les traiter. En d'autres termes, il ne s'agit pas de questions pour lesquelles le principe posé à la recommandation 4, alinéa b), entre en jeu. Le problème de la préséance se pose lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de l'État adoptant la loi recommandée dans le *Guide* prévoit une règle spécifique à la propriété intellectuelle sur une question qui entre dans le champ d'application de cette loi, à savoir une question qui a trait à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité ou à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle, ou à la loi applicable à cette sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, Introduction, sect. B).

13. Il est impossible d'indiquer dans l'abstrait la portée et les conséquences précises d'une telle préséance du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, étant donné que la mesure dans laquelle des règles spécifiques à la propriété intellectuelle ont été établies varie considérablement d'un État à l'autre, voire au sein d'un même État, selon la catégorie de propriété

intellectuelle envisagée. En outre, l'harmonisation et la modernisation du droit du financement garanti réalisées grâce à la loi recommandée dans le *Guide* ont leurs limites, car cette dernière traite uniquement des questions relevant du droit des opérations garanties et, dans certaines conditions, elle donne la préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)). Un autre fait limitant l'impact de la loi recommandée dans le *Guide* est que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans les différents États n'aborde pas toutes les questions du droit des opérations garanties de manière globale ou coordonnée. Pour cette raison, des résultats optimaux ne pourront être obtenus que si l'harmonisation et la modernisation du droit des opérations garanties réalisées grâce à la loi recommandée dans le *Guide* s'accompagnent d'une révision du droit du financement garanti par la propriété intellectuelle pour assurer la compatibilité et la coordination avec la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*. Les exemples ci-après illustrent certaines situations types.

Exemple 1

14. Dans certains États, où la constitution d'une sûreté réelle mobilière se fait par transfert de la propriété du bien grevé, il n'est pas possible de créer une sûreté sur une marque. On craint en effet que le transfert de la propriété au créancier garanti ne compromette le contrôle de la qualité exigé de la part du titulaire de la marque. Si les États en question adoptaient la loi recommandée dans le *Guide*, les transferts de propriété en vue de la constitution d'une sûreté sur une marque deviendraient inutiles et cette interdiction n'aurait plus de raison d'être car, selon le concept de sûreté réelle mobilière de la loi recommandée dans le *Guide*, le constituant reste propriétaire de la marque grevée. La question de savoir si le créancier garanti peut devenir le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence des droits sur la marque aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle est une autre question (aux fins de la loi sur les opérations garanties, un créancier garanti ne devient pas propriétaire, donneur ou preneur). Toutefois, l'adoption de la loi recommandée dans le *Guide* ne supprimerait pas automatiquement l'interdiction car, lorsqu'elle est incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la loi recommandée dans le *Guide* donne préséance à ce dernier. Par conséquent, il pourrait être nécessaire de modifier le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour l'harmoniser avec la loi recommandée dans le *Guide*.

Exemple 2

15. Dans certains États, seuls les transferts de propriété intellectuelle (qu'il s'agisse de transferts purs et simples ou de transferts à titre de garantie) peuvent être inscrits dans un registre spécialisé de la propriété intellectuelle, cette inscription étant impérative pour que le transfert produise effet. Dans d'autres États, une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle peut également être inscrite et cette inscription a des effets constitutifs ou des effets à l'égard des tiers. Compte tenu du principe de préséance accordée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle dans la recommandation 4, alinéa b), l'adoption de la loi recommandée dans le *Guide* n'aurait aucune incidence sur l'application de cette règle et l'inscription au registre spécialisé continuera d'être exigée. Toutefois, cette préséance ne suffira pas toujours à régler la question de la coordination entre

le registre général des sûretés et les registres de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 15 à 20), ni la question de savoir si une sûreté peut être constituée sur un droit futur de propriété intellectuelle et un avis y faire référence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 37 à 41, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 21 à 23).

Exemple 3

16. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit l'inscription dans divers registres de la propriété intellectuelle aussi bien pour les transferts purs et simples que pour les sûretés réelles mobilières, mais cette inscription n'est pas une condition préalable impérative pour l'opposabilité. Néanmoins, l'inscription a des conséquences en matière de priorité en ce que les droits découlant d'une opération non inscrite peuvent être subordonnés aux droits découlant d'une opération inscrite. Dans ces États, la recommandation 4, alinéa b), permettrait de préserver cette règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il est donc probable qu'un créancier garanti désireux d'obtenir une protection optimale doit enregistrer d'une part un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés et d'autre part la convention constitutive de sûreté ou un avis la concernant dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (toutefois, si le registre de la propriété intellectuelle autorise l'inscription des sûretés réelles mobilières, celle-ci serait suffisante dans tous les cas). En effet: a) la loi sur les opérations garanties exige l'inscription au registre général des sûretés de l'État pour assurer l'opposabilité (sauf si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permet l'inscription d'une sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié pour assurer l'opposabilité); et b) l'inscription au registre de la propriété intellectuelle sera nécessaire pour protéger le créancier garanti contre le risque de voir sa sûreté primée par les droits d'un bénéficiaire de transfert concurrent ou d'un créancier garanti concurrent inscrit sur le registre de la propriété intellectuelle conformément aux règles de priorité du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

17. Dans certains États, l'inscription des transferts et des sûretés réelles mobilières dans le registre approprié de la propriété intellectuelle protège uniquement contre une sûreté ou un transfert antérieur non inscrit, et uniquement si la personne qui a inscrit son droit a acquis ce dernier sans avoir connaissance du droit antérieur non enregistré (la loi recommandée dans le *Guide* donnerait préséance à cette règle car il s'agit là d'une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et non d'une règle générale du droit des opérations garanties qui existe dans l'ensemble du système juridique de l'État; voir recommandation 4, al. b)). Dans ces États, l'adoption de la loi recommandée dans le *Guide* soulèvera une autre question, à savoir si l'inscription d'un avis concernant une sûreté grevant une propriété intellectuelle au registre général des sûretés est présumée informer un bénéficiaire de transfert ultérieur ou un créancier garanti ultérieur qui inscrit son transfert ou sa sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle. Si tel est le cas, en vertu du droit d'un tel État, un créancier garanti ayant inscrit un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés n'aurait pas à inscrire également un document ou un avis la concernant au registre de la propriété intellectuelle afin de l'emporter sur les créanciers garantis et les bénéficiaires de transferts ultérieurs. Si tel n'est pas le cas, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant la sûreté au

registre de la propriété intellectuelle pourrait être requise pour avoir priorité sur les bénéficiaires de transferts et les créanciers garantis ultérieurs.

Exemple 4

18. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États prévoit l'inscription, au registre approprié de la propriété intellectuelle, d'un document ou d'un avis concernant un transfert de propriété intellectuelle, mais non d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle. Dans ces cas, l'inscription a des conséquences en termes de priorité uniquement entre les bénéficiaires de transferts mais non entre le bénéficiaire d'un transfert et un créancier garanti. Dans les États qui suivent cette approche, un créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant tous les transferts de propriété intellectuelle en faveur de son constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits de propriété de ce dernier soient primés par les droits d'un bénéficiaire de transfert inscrits ultérieurement. À tous autres égards, toutefois, les droits du créancier garanti seront déterminés par le régime des opérations garanties. De même, le créancier garanti devra s'assurer qu'un document ou un avis concernant un transfert à titre de garantie réalisé en sa faveur par le constituant soit dûment inscrit au registre de la propriété intellectuelle afin d'éviter le risque que les droits d'une personne en faveur de laquelle le constituant effectue un transfert ultérieurement ne l'emportent sur les droits découlant du transfert à titre de garantie en faveur du créancier.

Exemple 5

19. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de certains États, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant un transfert ou une sûreté réelle mobilière à un registre de la propriété intellectuelle est strictement facultative et ne vise qu'à faciliter l'identification de l'actuel propriétaire. Le défaut d'inscription n'invalide pas l'opération ni n'affecte sa priorité (mais pourrait créer des présomptions). Dans les États qui adoptent cette approche, la situation est pour l'essentiel la même que s'il n'existait aucun registre spécialisé, ce qui est souvent le cas pour le droit d'auteur. Lorsque ces questions sont traitées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la loi recommandée dans le *Guide* donne préséance à ce dernier. En revanche, lorsque ces questions relèvent du droit commun des biens, aucun problème de préséance ne se pose, puisque les règles antérieures au *Guide* ne découlent pas du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle mais du droit des biens en général. En conséquence, l'adoption de la loi recommandée dans le *Guide* permettra de remplacer les règles existantes relatives à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité ou à la réalisation des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, et à la loi applicable à ces sûretés. Il est entendu que les règles antérieures sur ces questions continueront de s'appliquer aux transferts purs et simples de propriété intellectuelle, puisque la loi recommandée dans le *Guide* ne régit que les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Le créancier garanti devra par conséquent vérifier si un prétendu transfert est effectivement un transfert pur et simple ou une opération garantie déguisée (c'est-à-dire une opération qui, bien qu'elle ne soit pas dénommée "opération garantie" par les parties, a une fonction de garantie). Cette gestion du

risque n'est cependant en rien différente de celle qui s'impose pour tout autre type de bien grevé pour lequel n'existe aucun registre spécialisé.

Exemple 6

20. La question de savoir qui est le propriétaire de la propriété intellectuelle dans une succession de transferts relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En revanche, la question de savoir si un transfert doit être qualifié de transfert pur et simple ou de transfert à titre de garantie est régie par le droit général des biens et des opérations garanties. Enfin, les droits et obligations découlant d'un accord de licence relèvent du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des contrats. Si un État adopte la loi recommandée dans le *Guide*, les transferts à titre de garantie seront traités comme des opérations garanties.

Exemple 7

21. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit des règles spécialisées pour la réalisation d'une sûreté sur la propriété intellectuelle, celles-ci l'emportent sur les règles de réalisation recommandées dans le *Guide*. En revanche, s'il n'existe pas de règle spécialisée sur la question et si la réalisation des sûretés sur la propriété intellectuelle est régie par les règles générales de procédure civile, c'est le régime recommandé dans le *Guide* pour la réalisation des sûretés réelles mobilières qui s'appliquerait. De même, en l'absence de règles spécifiques sur la réalisation extrajudiciaire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le régime recommandé dans le *Guide* pour la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières s'appliquerait (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, chap. IX sur la réalisation).

B. Application du principe de l'autonomie des parties aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

22. La loi recommandée dans le *Guide* consacre d'une manière générale le principe de l'autonomie des parties. Elle prévoit cependant un certain nombre d'exceptions (voir recommandations 10, et 111 à 113). Ce principe s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle dans la mesure où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne limite pas l'autonomie des parties (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1). Il est à noter que les recommandations 111 à 113 s'appliquent uniquement aux biens meubles corporels du fait qu'elles font référence à la possession des biens grevés et que, par définition, il est impossible de "posséder" des biens meubles incorporels.

23. Un exemple de l'application du principe de l'autonomie des parties dans une opération garantie portant sur la propriété intellectuelle serait le suivant: si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdit pas, selon la loi sur les opérations garanties, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second pourra acquérir certaines prérogatives d'un propriétaire, d'un donneur de licence ou d'un preneur de licence et donc devenir un propriétaire, donneur de licence ou preneur de licence autorisé à traiter avec les autorités publiques (par exemple, à procéder à des inscriptions, ou à renouveler des

inscriptions), de même qu'à poursuivre les auteurs d'atteintes, procéder à d'autres transferts ou consentir des licences. Cette convention pourrait prendre la forme d'une clause spéciale dans la convention constitutive de sûreté ou d'un accord séparé entre le constituant et le créancier garanti, car, selon le *Guide*, la simple obtention d'une sûreté ne confère pas à ce dernier la qualité de propriétaire, de donneur de licence ou de preneur de licence.

24. Un autre exemple de l'application du principe de l'autonomie des parties serait le suivant: si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdit pas, selon la loi sur les opérations garanties, le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que les dommages-intérêts perçus en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'en cas de manque à gagner et de dépréciation de la propriété intellectuelle grevée, sont inclus dans les biens initialement grevés. En l'absence d'une telle convention, ces dommages-intérêts pourront encore être traités comme un produit aux termes de la loi recommandée dans le *Guide*, à condition que ce traitement ne soit pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)). Toutefois, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes (par opposition au droit de recevoir paiement des dommages-intérêts en réparation de ces atteintes) est une autre question. En général, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ce droit ne peut être affecté en garantie d'un crédit. De plus, selon la loi recommandée dans le *Guide*, ce droit ne constituerait pas un produit car il n'entrerait pas dans "tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés" (voir le terme "produit", Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l'interprétation).

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle	1-44
A. Les concepts de constitution et d'opposabilité	1-3
B. Concept fonctionnel, intégré et unitaire de sûreté réelle mobilière	4
C. Conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle.....	5-8
D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée.....	9
E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle.....	10-12
F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle	13-36
G. Sûretés réelles mobilières grevant une propriété intellectuelle future	37-42
H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité d'une propriété intellectuelle.....	43-44
Recommandation 243	

II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 44, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.2, par. 1 à 43, A/CN.9/685, par. 28 à 35, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, par. 25 à 64, A/CN.9/670, par. 35 à 55, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 68 à 102, A/CN.9/667, par. 32 à 54, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 112 à 133, et A/CN.9/649, par. 16 à 28.*]

A. Les concepts de constitution et d'opposabilité

1. Pour tous les types de biens grevés (y compris une propriété intellectuelle), la loi recommandée dans le *Guide* établit une distinction entre la constitution d'une

sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers), prévoyant pour chacune des règles différentes. Concrètement, cela signifie que les conditions exigées pour la constitution d'une sûreté peuvent être limitées au minimum, et que toute condition supplémentaire est destinée à régir les droits des tiers. Cette distinction vise surtout à remplir trois des principaux objectifs de la loi recommandée dans le *Guide*, à savoir constituer des sûretés de manière simple et efficace, renforcer la sécurité et la transparence, et établir des règles de priorité claires (voir recommandation 1, al. c), f) et g)).

2. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit qu'une sûreté peut être constituée par une convention conclue entre le constituant et le créancier garanti (voir recommandation 13 et par. 5 à 8 ci-après). Afin qu'elle soit opposable, une formalité supplémentaire est nécessaire. Pour la plupart des biens meubles incorporels, il s'agit d'inscrire, dans un registre public, un avis concernant l'existence possible de la sûreté, inscription qui établit un critère objectif pour déterminer la priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent (voir recommandation 29; pour le terme "réclamant concurrent", voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 11 et 12). Ainsi, dès lors qu'une sûreté a été constituée conformément aux conditions prévues dans la loi recommandée par le *Guide*, elle a effet entre le constituant et le créancier garanti même si les formalités supplémentaires nécessaires pour la rendre opposable n'ont pas encore été effectuées (voir recommandation 30). Le créancier garanti peut par conséquent réaliser sa sûreté suivant les procédures de réalisation prévues au chapitre VIII de la loi recommandée dans le *Guide*, sous réserve des droits des réclamants concurrents, conformément aux règles de priorité prévues au chapitre V.

3. Cette distinction entre constitution et opposabilité s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant une propriété intellectuelle. Ainsi, d'après la loi recommandée dans le *Guide*, une sûreté sur une propriété intellectuelle peut avoir effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle établit cette distinction. Dans d'autres, il ne l'établit pas et exige les mêmes formalités pour la constitution d'une sûreté et pour son opposabilité. Dans ce cas, comme le prévoit l'alinéa b) de la recommandation 4, c'est ce droit et non la loi recommandée dans le *Guide* qui s'applique. Les États qui adoptent la loi recommandée dans le *Guide* voudront peut-être envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin d'assurer une meilleure coordination entre ce dernier et la loi sur les opérations garanties. Ce faisant, ils devraient pouvoir déterminer: a) si l'absence, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de distinction entre la constitution et l'opposabilité d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle répond à des objectifs spécifiques de ce droit (plutôt que d'autres branches de droit, comme le droit général des biens, des contrats ou des opérations garanties) et devrait être maintenue; ou b) si la distinction devrait être introduite dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, afin de l'aligner sur l'approche correspondante de la loi recommandée dans le *Guide*.

B. Concept fonctionnel, intégré et unitaire de sûreté réelle mobilière

4. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut autoriser la constitution d'une sûreté sur une propriété intellectuelle, en se référant à

différents concepts – transfert pur et simple ou conditionnel de la propriété intellectuelle, hypothèque, nantissement, fiducie – ou à des termes similaires. Le *Guide* emploie le terme “sûreté réelle mobilière” pour désigner les droits réels sur des biens meubles constitués par une convention en garantie du paiement ou d’une autre forme d’exécution d’une obligation, que les parties aient ou non appelé ces droits “sûreté réelle mobilière” (voir le terme “sûreté réelle mobilière”, Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l’interprétation). Cette approche est appelée “approche fonctionnelle, intégrée et unitaire” en matière d’opérations garanties (voir chap. I du *Guide* sur le champ d’application, par. 110 à 112, et recommandation 8). Le *Guide* envisage, à titre d’exception, la possibilité pour les États d’adopter une approche non unitaire dans le contexte limité du financement d’acquisitions et de conserver des opérations appelées “réserve de propriété” ou “crédit-bail” pour les biens meubles corporels (voir chap. IX du *Guide* sur le financement d’acquisitions). Une approche similaire peut être adoptée pour les transferts conditionnels, les transferts purs et simples dans lesquels le bénéficiaire du transfert constitue une sûreté réelle mobilière en faveur de l’auteur du transfert ou les opérations sous réserve de propriété portant sur une propriété intellectuelle qui garantissent toute fraction non payée du prix d’achat ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d’acquérir la propriété intellectuelle ou une licence (voir le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition”, Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l’interprétation, ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, chap. IX sur le financement d’acquisitions dans un contexte de propriété intellectuelle). Par conséquent, les États adoptant la loi recommandée dans le *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin: a) de remplacer tous les termes employés pour désigner le droit d’un créancier garanti par le terme “sûreté réelle mobilière”; ou b) de prévoir que, indépendamment du terme employé, les droits remplissant les fonctions d’une sûreté recevront le même traitement, qui ne sera pas incompatible avec celui prévu dans la loi recommandée dans le *Guide* pour les sûretés réelles mobilières.

C. Conditions requises pour la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle

5. La loi recommandée dans le *Guide* exige, pour la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel, un document écrit qui prouve, à lui seul ou en relation avec le comportement des parties, que ces dernières sont convenues de constituer une telle sûreté. Elle exige aussi que le constituant ait des droits sur le bien devant être grevé ou ait le pouvoir de le grever, au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou après. La convention doit exprimer la volonté des parties de constituer la sûreté, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l’obligation garantie et les biens grevés de façon à ce qu’ils soient suffisamment identifiables (voir recommandations 13 à 15). Comme il a déjà été indiqué, aucune formalité supplémentaire n’est exigée pour constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel. Les formalités supplémentaires (par exemple l’inscription d’un avis au registre général des sûretés) requises pour rendre la sûreté opposable ne sont pas nécessaires pour que la sûreté soit constituée et donc efficace entre le constituant et le créancier garanti.

6. Toutefois, dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle soumet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle à des conditions différentes. Ainsi, l'inscription d'un document ou d'un avis concernant la sûreté (par exemple un transfert à titre de garantie, une hypothèque ou un nantissement portant sur la propriété intellectuelle) au registre approprié de la propriété intellectuelle peut être exigée pour que la sûreté soit constituée. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut exiger en outre que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite précisément dans la convention constitutive de sûreté. De même, étant donné que certains registres de la propriété intellectuelle indexent les opérations enregistrées en fonction de la propriété intellectuelle concernée, et non du nom ou d'un autre élément identifiant le constituant, l'enregistrement d'un document se limitant à mentionner "l'ensemble des propriétés intellectuelles du constituant" ne suffirait pas aux fins de la constitution d'une sûreté. Il serait en fait nécessaire de désigner chaque droit de propriété intellectuelle dans la convention constitutive de sûreté ou dans tout autre document devant être inscrit au registre de la propriété intellectuelle pour constituer la sûreté.

7. L'identification précise du droit de propriété intellectuelle grevé est souvent nécessaire. Cela est vrai en particulier pour le droit d'auteur. En effet, les règles du droit d'auteur conçoivent généralement celui-ci comme un ensemble de prérogatives et, à moins que les parties n'aient l'intention de faire porter la sûreté sur cet ensemble, elles devront peut-être décrire les biens à grever de manière précise dans la convention constitutive. Dans un tel cas, ces règles peuvent exiger une description précise, pour qu'il n'y ait aucun doute quant aux biens grevés. Dans cette approche, le propriétaire des droits d'auteur peut utiliser des droits identifiés précisément pour obtenir un crédit auprès d'une autre source de financement. Il convient toutefois de noter que, le droit d'auteur étant par nature un ensemble de prérogatives, les parties peuvent généralement scinder les droits exclusifs d'un auteur et les grever séparément si elles le souhaitent. Ainsi, si elles veulent décrire les droits de propriété intellectuelle grevés de manière précise, elles sont toujours autorisées à le faire et le feront probablement dans la plupart des cas, mais cela ne devrait pas les empêcher de décrire les droits de propriété intellectuelle grevés en termes généraux.

8. Il convient de noter que le critère à respecter, conformément à la loi recommandée dans le *Guide*, pour la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté est assez souple pour tenir compte de toutes les différentes situations, les biens devant en effet être décrits "de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables" (voir recommandation 14, al. d); la même règle s'applique à l'avis inscrit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 21, et recommandation 63). Ce critère pourrait par conséquent varier en fonction de ce qui constitue une description suffisante aux yeux du droit et de la pratique applicables au bien grevé en question. En outre, dans tous ces cas, conformément au principe énoncé dans la recommandation 4, al. b), la loi recommandée dans le *Guide* ne s'appliquerait que dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Les États adoptant cette loi souhaiteront peut-être envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les différents concepts et règles relatifs à la constitution de sûretés réelles mobilières sur une propriété intellectuelle concourent à la réalisation d'objectifs particuliers de

ce droit et s'ils devraient être conservés ou être harmonisés avec les concepts et les règles prévus dans la loi recommandée par le *Guide*.

D. Droits du constituant sur la propriété intellectuelle devant être grevée

9. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 5), le constituant doit avoir des droits sur le bien qu'il souhaite grever ou avoir le pouvoir de le grever, que ce soit au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou après (voir recommandation 13). Ce principe de la loi sur les opérations garanties s'applique également à la propriété intellectuelle. Un constituant peut grever l'intégralité de ses droits ou seulement des droits limités. Ainsi, un propriétaire, un donneur de licence ou un preneur de licence de propriété intellectuelle peut grever l'intégralité de ses droits ou des droits dont le contenu, la durée ou la portée territoriale sont limités. De plus, le droit commun des biens ne permet au constituant de grever ses biens que s'ils sont transférables conformément à ses dispositions (la loi recommandée dans le *Guide* est sans incidence sur ces limites; voir recommandation 18 et par. 43 et 44 ci-après). Ce principe s'applique aussi aux opérations garanties portant sur une propriété intellectuelle. En conséquence, un propriétaire, un donneur ou un preneur de licence ne peut grever ses droits que s'ils sont transférables conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

E. Distinction entre un créancier garanti et un propriétaire en ce qui concerne la propriété intellectuelle

10. Dans la loi recommandée par le *Guide*, le créancier garanti ne devient pas propriétaire, donneur ou preneur de licence (selon les droits du constituant) au seul motif qu'il a acquis une sûreté sur une propriété intellectuelle. Il peut également en être de même dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir les termes "propriétaire" et "créancier garanti", A/CN.9/WG.VI/WP.42, Introduction du projet de supplément, sect. C sur la terminologie).

11. Toutefois, le fait que le créancier garanti exerce ses droits en cas de défaillance du constituant entraîne souvent le transfert des droits de propriété intellectuelle grevés, si bien que l'identité du propriétaire, du donneur ou du preneur de licence (selon les droits du constituant), telle qu'elle est déterminée par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, pourrait changer. Ceci peut se produire lorsque la réalisation de la sûreté sur une propriété intellectuelle entraîne l'acquisition de cette propriété intellectuelle par le créancier garanti soit dans le cadre d'un acte de disposition (voir recommandations 142 et 148) soit à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandations 156 à 159).

12. En tout état de cause, la question de savoir qui est le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence et si les parties peuvent le déterminer elles-mêmes relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Selon ce dernier, un créancier garanti peut parfois être traité en tant que propriétaire, donneur ou preneur de licence. Si le droit de la propriété intellectuelle le prévoit, le créancier garanti pourrait, par exemple, renouveler des inscriptions ou poursuivre les auteurs

d'atteintes, ou convenir avec le propriétaire, le donneur ou le preneur de licence qu'il deviendra lui-même propriétaire, donneur ou preneur de la licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 2 à 5).

F. Types de biens grevés dans un contexte de propriété intellectuelle

13. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, une sûreté réelle mobilière peut être constituée non seulement sur les droits d'un propriétaire de propriété intellectuelle, mais aussi sur ceux d'un donneur ou d'un preneur de licence découlant d'un accord de licence (voir le terme "bien grevé", A/CN.9/WG.VI/WP.42, Introduction du projet de supplément, sect. C sur la terminologie, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, par. 2 et 3). En outre, même si une sûreté grevant un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle (par exemple montres de créateur ou vêtements de marque) ne s'étend pas à la propriété intellectuelle (voir par. 32 à 36 ci-après), elle peut avoir une incidence sur cette dernière dans la mesure où le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 24 à 27). Comme il a été mentionné plus haut (voir par. 5 à 8), selon la loi recommandée dans le *Guide*, il est nécessaire que la propriété intellectuelle devant être grevée soit décrite dans la convention constitutive de sûreté de façon à être suffisamment identifiable et cette règle est suffisamment souple pour tenir compte de toute obligation faite par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle de décrire cette propriété intellectuelle de manière précise (voir recommandation 14, al. d)).

14. Il convient de noter que la loi recommandée dans le *Guide* ne prévaut pas sur les règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (ou d'un autre droit) qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité d'une propriété intellectuelle (ou d'un autre bien) (voir recommandation 18). Elle n'a pas d'incidence non plus sur les limitations contractuelles à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle (la recommandation 23 ne concerne que les limitations contractuelles à la cessibilité des créances). En conséquence de ces deux recommandations, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle interdit la constitution ou la réalisation d'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle, ou si ce dernier n'est pas transférable en vertu du droit ou par contrat, la loi recommandée dans le *Guide* ne change en rien ces limitations. Elle prévaut par contre sur les dispositions légales qui limitent la cessibilité des créances futures ou les cessions globales ou partielles de créances au seul motif qu'il s'agit de créances futures ou de créances cédées globalement ou partiellement (voir recommandation 23). En outre, dans certaines conditions, elle prévaut sur les limitations contractuelles à la cessibilité des créances (sans incidence sur le traitement différent des créances aux fins du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; voir recommandation 24 et par. 26 à 29 ci-après). Par conséquent, si la loi recommandée dans le *Guide* est adoptée par un État, ces limitations légales ou contractuelles à la cessibilité de ces créances ne s'appliqueront plus.

1. Droits du propriétaire

15. La loi recommandée dans le *Guide* s'applique aux opérations garanties dans lesquelles un propriétaire greève ses droits, qui sont souvent pour l'essentiel le droit

de jouir de sa propriété intellectuelle, d'en empêcher l'utilisation non autorisée et de poursuivre les auteurs d'atteintes, d'enregistrer la propriété intellectuelle, d'autoriser autrui à l'utiliser ou à l'exploiter et de percevoir des redevances (pour les droits du propriétaire de préserver la propriété intellectuelle grevée en poursuivant les auteurs d'atteintes et en renouvelant les inscriptions, voir par. 17 à 19 ci-après).

16. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permet au propriétaire de transférer ces droits, ce dernier pourra alors les grever en tout ou en partie d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide*. Cette loi s'appliquera à la sûreté, sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 4. Dans un tel cas, tous ces droits constitueraient les biens initialement grevés (et les redevances en seraient le produit, à moins qu'elles ne figurent dans la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté). Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'autorise pas le propriétaire à transférer ses droits, celui-ci ne pourra pas les grever d'une sûreté en application de la loi recommandée dans le *Guide* puisque, comme il a déjà été mentionné (voir par. 14 ci-dessus), celle-ci n'a pas d'incidence sur les dispositions légales qui limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ou la transférabilité de biens, à l'exception des dispositions relatives à la cessibilité des créances futures et aux cessions globales de créances (voir recommandation 18 et par. 22 à 25 ci-après).

17. La question de savoir si le droit du propriétaire de préserver sa propriété intellectuelle, par exemple en poursuivant les auteurs d'atteintes et en obtenant le prononcé d'une injonction et réparation, forme un bien meuble susceptible d'être transféré séparément de ses autres prérogatives relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ce dernier prévoit généralement que le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes fait partie intégrante des prérogatives du propriétaire et qu'il ne peut pas être transféré séparément (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 2 à 5).

18. Toutefois, en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les bénéfices découlant de l'exercice de ce droit de poursuite (tels que les dommages-intérêts perçus en réparation d'atteintes) peuvent constituer un bien meuble susceptible d'être transféré séparément des prérogatives du propriétaire. La question de savoir si une sûreté peut être constituée sur ce droit relève de la loi sur les opérations garanties, qui s'appliquerait uniquement si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne traite pas la question différemment (voir recommandation 4, al. b)). Par conséquent, à moins que ce dernier ne l'interdise, le constituant en tant que propriétaire et le créancier garanti peuvent convenir que les bénéfices découlant de l'exercice du droit du constituant de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir le prononcé d'une injonction et réparation font partie de la propriété intellectuelle initialement grevée.

19. Par exemple, si après la constitution d'une sûreté sur les droits d'un propriétaire une atteinte a été commise, le propriétaire en a poursuivi les auteurs et que ces derniers lui aient versé des dommages-intérêts (pour une atteinte survenue avant ou après la constitution de la sûreté), le créancier garanti peut prétendre aux dommages-intérêts versés en tant que produit de la propriété intellectuelle initialement grevée ou en tant que biens initialement grevés s'ils ont été décrits comme tels de façon appropriée dans la convention constitutive de sûreté. Si les

dommages-intérêts n'ont pas été payés au moment de la constitution de la sûreté mais le sont ultérieurement après défaillance du constituant (propriétaire), le créancier garanti pourrait également prétendre aux dommages-intérêts versés en tant que produit de la propriété intellectuelle initialement grevée ou en tant que biens initialement grevés s'ils ont été décrits comme tels de façon appropriée dans la convention constitutive. Par contre, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le droit de poursuivre les auteurs d'atteintes et d'obtenir le prononcé d'une injonction et réparation ne constituerait normalement pas le produit de la propriété intellectuelle initialement grevée ni un bien initialement grevé (voir par. 17 plus haut). Toutefois, si le constituant (propriétaire) a intenté une action contre l'auteur d'une atteinte et que l'action est toujours pendante au moment de la réalisation de la sûreté, une personne qui a acquis les droits du constituant sur la propriété intellectuelle grevée dans le contexte de la réalisation de la sûreté devrait pouvoir poursuivre l'action et obtenir toute réparation qui serait octroyée (là encore, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle l'autorise).

20. Des considérations similaires valent pour ce qui est de savoir si le droit de traiter avec les autorités à différentes étapes du processus d'inscription (par exemple, le droit de déposer une demande ou d'enregistrer la propriété intellectuelle, ou le droit de renouveler un enregistrement) ou le droit d'octroyer des licences peut être transféré et donc faire partie de la propriété intellectuelle grevée. La question de savoir si le droit de traiter avec les autorités ou d'octroyer des licences peut être transféré ou s'il est une prérogative inaliénable du propriétaire relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. La description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté détermine quant à elle si ce droit fait partie des droits grevés du propriétaire (en supposant qu'il puisse être transféré en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

2. Droits du donneur de licence

21. La loi recommandée dans le *Guide* permet la constitution d'une sûreté sur les droits d'un donneur de licence découlant d'un accord de licence. Si le donneur est propriétaire, il peut constituer une sûreté sur (la totalité ou une partie de) ses droits comme mentionné plus haut (voir par. 15 à 20 ci-dessus). S'il s'agit non pas d'un propriétaire, mais d'un preneur de licence qui octroie une sous-licence, il peut généralement constituer une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances dues par les preneurs de sous-licence au titre de l'accord de sous-licence. Si le constituant qui crée une sûreté sur les redevances de sous-licence est un donneur de licence et non le propriétaire de la propriété intellectuelle, ces redevances seraient les biens initialement grevés; si le constituant qui crée une sûreté sur la propriété intellectuelle même en est le propriétaire, les redevances de sous-licence seraient le produit de la propriété intellectuelle initialement grevée, à moins qu'elles ne figurent dans la description des biens initialement grevés dans la convention constitutive de sûreté (pour les droits du preneur de licence, voir par. 30 et 31 ci-après). Un tel donneur de licence peut aussi constituer une sûreté sur d'autres droits contractuels de valeur qui pourraient découler de l'accord de licence et du droit applicable. Il pourrait s'agir par exemple a) de son droit d'obliger le preneur à faire de la publicité pour la propriété intellectuelle mise sous licence ou le produit pour lequel la propriété intellectuelle est utilisée; b) de son droit d'obliger le

preneur à commercialiser la propriété intellectuelle mise sous licence uniquement d'une certaine manière; c) de son droit de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur.

22. La loi recommandée dans le *Guide*, suivant en cela l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques et dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 2), considère le droit de recevoir paiement des redevances découlant de la mise sous licence d'une propriété intellectuelle comme des créances (voir le terme "créance", Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l'interprétation). C'est pourquoi la discussion et les recommandations générales sur les sûretés, telles que modifiées par la discussion et les recommandations spéciales du *Guide* sur les créances, s'appliquent au droit de recevoir paiement des redevances. Il s'ensuit que, dans la loi recommandée par le *Guide*, les interdictions légales dont font l'objet la cession de créances futures, les cessions globales de créances ou les cessions partielles au seul motif qu'il s'agit de créances futures ou de créances cédées globalement ou partiellement, sont sans effet (voir recommandation 23). D'autres interdictions ou limitations légales restent cependant applicables (voir recommandation 18). En outre, un preneur de licence pourrait opposer au cessionnaire du droit au paiement des redevances toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120).

23. Dans ce contexte, il est important de noter que seules sont privées d'effet les interdictions légales relatives aux créances futures en tant que telles, ou aux cessions globales ou partielles de créances. Les interdictions légales fondées sur la nature des créances, comme les salaires ou les redevances dont le droit prévoit qu'ils puissent être directement versés aux seuls auteurs ou sociétés de gestion collective, ne sont pas concernées. De nombreux pays disposent d'une législation "de protection des auteurs" ou législation similaire qui considère une partie des revenus tirés de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle comme une "rémunération équitable" devant être versée aux auteurs, à d'autres ayants droit ou à leurs sociétés de gestion collective. En règle générale, ces législations qualifient expressément ces droits à paiement de non cessibles. Les recommandations du *Guide* concernant les limites à la cession de créances ne s'appliquent pas à ces limites ni à d'autres limites légales.

24. En outre, il importe de noter que le traitement dont le droit au paiement de redevances en tant que créances fait l'objet dans la loi sur les opérations garanties recommandée par le *Guide* est sans effet sur le traitement différent dont il bénéficie dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

25. Enfin, il est tout aussi important de noter que le fait de traiter le droit de recevoir paiement des redevances de la même manière que toute autre créance est sans effet sur les conditions de l'accord de licence relatives au paiement des redevances, telles que l'échelonnement des versements ou le paiement de pourcentages en fonction des conditions du marché ou du chiffre d'affaires.

26. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, si un accord de licence, donnant lieu à paiement de redevances, contient une clause qui limite la possibilité pour le donneur de la licence de céder son droit au paiement des redevances à un tiers ("cessionnaire"), la cession de ce droit produit néanmoins effet et le preneur de la licence ne peut mettre fin à l'accord de licence du seul fait de cette cession (voir

recommandation 24). La loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide* prévoit cependant que, sauf si elle contient des dispositions contraires, la cession n'a pas d'incidences sur les droits du preneur de la licence (en tant que débiteur des créances cédées) (voir recommandation 117 a)). En particulier, le preneur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant partie de la même opération (voir recommandation 120 a)). La loi recommandée dans le *Guide* n'a pas d'incidences non plus sur la responsabilité que d'autres règles de droit peuvent imputer au donneur de la licence (ou de la sous-licence) pour violation de la convention d'incessibilité (voir recommandation 24). Étant donné que le terme "licence" comprend également les sous-licences (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 23), les mêmes principes s'appliquent à une clause contenue dans un accord de sous-licence par laquelle le preneur de la sous-licence limite la possibilité pour le donneur de la sous-licence de céder son droit au paiement des redevances de sous-licence dues.

27. Il importe de noter que la recommandation 24 s'applique uniquement aux créances et non aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne s'applique donc pas à un accord conclu entre le donneur et le preneur de la licence interdisant à ce dernier d'octroyer des sous-licences. Il importe également de noter que cette recommandation s'applique uniquement à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant la cession de la créance. Elle ne s'applique pas à une convention entre le créancier et le débiteur de la créance interdisant à ce dernier de céder les créances qu'il pourrait avoir sur des tiers. Aussi la recommandation 24 ne s'applique-t-elle pas à un accord entre le donneur et le preneur de la licence aux termes duquel ce dernier ne cédera pas son droit de recevoir paiement des redevances dues au titre de sous-licences octroyées à des tiers. Un tel accord peut être conclu par exemple lorsque le donneur et le preneur de la licence conviennent que le second utilisera les redevances des sous-licences pour continuer à développer la propriété intellectuelle mise sous licence. La recommandation 24 n'a par conséquent aucune incidence sur le droit du donneur de la licence de négocier l'accord de licence avec le preneur afin de déterminer, par convention, qui pourra utiliser la propriété intellectuelle ou les redevances versées par le preneur de la licence et les preneurs des sous-licences. Toutefois, le donneur de licence, s'il est en droit de demander le paiement de redevances, ne pourra peut-être pas déterminer par convention l'utilisation des redevances versées lorsque le preneur, en sa qualité de donneur de sous-licences, constitue une sûreté sur son droit au paiement des redevances des sous-licences (à moins que le donneur n'interdise les sous-licences).

28. La recommandation 24 ne s'applique pas non plus à une convention entre le donneur et le preneur de la licence autorisant le premier à mettre fin à l'accord de licence si le preneur viole son engagement de ne pas céder le droit au paiement des redevances que lui doivent les preneurs des sous-licences. À cet égard, il conviendrait de noter que le droit conféré au donneur de la licence de mettre fin à l'accord de licence en cas de manquement de la part du preneur à son engagement incite fortement les preneurs des sous-licences à faire en sorte que le donneur de la licence reçoive le paiement. La recommandation ne porte pas atteinte au droit du donneur de la licence: a) de convenir avec le preneur de la licence qu'une partie des redevances dues à ce dernier (servant au paiement des redevances dues au donneur) par les preneurs des sous-licences seront versées sur un compte au nom du donneur; ou b) d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur le droit du preneur de licence au

paiement des redevances par les preneurs des sous-licences, d'inscrire un avis la concernant au registre général des sûretés (ou au registre approprié de la propriété intellectuelle) et d'obtenir ainsi la priorité sur les autres créanciers du preneur de la licence (sous réserve des recommandations du *Guide* sur l'opposabilité et la priorité des sûretés réelles mobilières; voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, par. 41 à 46).

29. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance bénéficiant d'une sûreté sur la propriété intellectuelle qui garantit le paiement de la créance (voir recommandation 25). Cela ne signifie toutefois pas que les limitations légales à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle soient écartées (voir recommandation 18). Cela ne signifie pas non plus que les limitations contractuelles à la transférabilité des droits de propriété intellectuelle soient affectées, étant donné que la recommandation 24 s'applique à la cession de créances et non aux transferts de droits de propriété intellectuelle.

3. Droits du preneur de licence

30. Un accord de licence de propriété intellectuelle et le droit qui s'y applique peuvent autoriser un preneur de licence à octroyer des sous-licences et à recevoir, en tant que donneur de sous-licence, le paiement des redevances dues au titre d'un accord de sous-licence. La discussion ci-dessus relative aux droits d'un donneur de licence (voir par. 21 à 29) s'appliquerait également aux droits d'un preneur de licence en tant que donneur de sous-licence.

31. Généralement, le preneur de licence est autorisé à utiliser ou exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux clauses et conditions de l'accord de licence. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'autorise pas le preneur de licence à constituer une sûreté réelle mobilière sur son autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence sans l'accord du donneur de la licence (bien que, dans de nombreux États, cette règle puisse admettre une exception lorsque le preneur de la licence vend son entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité). En effet, il importe que le donneur de la licence garde le contrôle de la propriété intellectuelle mise sous licence et détermine qui pourra l'utiliser. Si ce contrôle ne peut être exercé, la valeur de la propriété intellectuelle risque de diminuer fortement ou de disparaître entièrement. Si, toutefois, les droits du preneur de licence découlant d'un accord de licence sont transférables et que le preneur les greève d'une sûreté, le créancier garanti prendra sa sûreté sous réserve des conditions de l'accord de licence. Si la licence est transférable et que le preneur la transfère, le bénéficiaire du transfert prendra la licence sous réserve des conditions de l'accord de licence. La loi recommandée dans le *Guide* n'a aucune incidence sur ces pratiques en matière de concession de licences.

4. Biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle

32. Une propriété intellectuelle peut être utilisée en rapport avec un bien meuble corporel. Par exemple, a) un bien meuble corporel peut être fabriqué selon un procédé breveté ou grâce à l'exercice de droits protégés par un brevet; b) des jeans peuvent porter une marque ou des voitures contenir une puce qui renferme une copie d'un logiciel protégé par le droit d'auteur; c) un disque compact peut contenir un logiciel; ou d) une pompe à chaleur peut contenir un produit breveté.

33. Lorsqu'une propriété intellectuelle est utilisée en rapport avec un bien meuble corporel, on se trouve face à deux catégories de biens: d'une part, la propriété intellectuelle et, de l'autre, le bien meuble corporel. Il s'agit de deux biens distincts. Le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle autorise le propriétaire de la propriété intellectuelle à contrôler de nombreuses utilisations dont le bien meuble corporel fait l'objet mais pas toutes. Par exemple, les règles du droit d'auteur permettent à un auteur d'empêcher toute reproduction non autorisée d'un livre mais généralement pas d'empêcher une librairie agréée ayant acheté le livre lors d'une vente autorisée de le revendre ou un acheteur final de prendre des notes dans la marge lors de la lecture. Ainsi, une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien et une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel pour lequel est utilisée la propriété intellectuelle (voir recommandation 243 ci-dessous).

34. Toutefois, en vertu de la loi recommandée dans le *Guide*, les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent toujours convenir de constituer une sûreté à la fois sur le bien meuble corporel et sur la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien (voir recommandation 10). Ainsi, une sûreté peut être prise sur des stocks de jeans de marque et sur la marque, ce qui donne au créancier garanti le droit, en cas de défaillance du constituant, de vendre les jeans de marque grevés et de produire d'autres jeans portant la marque grevée. Dans un tel cas, si le fabricant/constituant est le propriétaire de la marque, les biens grevés sont les droits du propriétaire. Si le fabricant/constituant est le preneur de licence, les biens grevés sont constitués par les droits du preneur qui découlent d'un accord de licence valable.

35. L'assiette exacte de la sûreté réelle mobilière dépend de la description du bien grevé dans la convention constitutive. Comme il a déjà été noté (voir par. 5 à 8 ci-dessus), l'obligation de décrire les biens grevés "de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables" est assez souple pour tenir compte de toutes les différentes situations (voir recommandation 14, al. d)), étant donné qu'elle établit un critère qui pourrait varier en fonction de ce qui constitue une description suffisante aux yeux du droit et de la pratique applicables. Il semblerait par conséquent qu'une description générale du bien meuble corporel grevé soit conforme aux principes du *Guide* et aux attentes raisonnables des parties. En outre, les principes fondamentaux que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pose à propos de la description précise de la propriété intellectuelle devant être grevée dans la convention constitutive de sûreté seraient pris en compte par la loi recommandée dans le *Guide*. En tout état de cause, si, en vertu de la loi recommandée dans le *Guide*, une description générale de la propriété intellectuelle grevée était suffisante, mais que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle exige une description précise, c'est cette dernière obligation qui s'appliquerait à la propriété intellectuelle grevée conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4 du *Guide*.

36. Comme il a déjà été indiqué (voir par. 33 ci-dessus), une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle ne s'étend pas à la propriété intellectuelle mais porte sur le meuble corporel lui-même, y compris les caractéristiques du bien qui utilisent la propriété intellectuelle (par exemple, la sûreté s'applique à un téléviseur en tant que

téléviseur en état de fonctionnement). La sûreté sur ce bien ne donne donc pas au créancier garanti le droit de fabriquer d'autres biens utilisant cette propriété intellectuelle. En cas de défaillance, cependant, le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens meubles corporels pourrait exercer les voies de droit qui sont reconnues par la loi sur les opérations garanties, à condition que cet exercice ne porte pas atteinte aux prérogatives reconnues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il se peut que, dans le droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le "principe d'épuisement" (ou des concepts similaires) s'applique à la réalisation de la sûreté réelle mobilière (pour un examen des questions de réalisation, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 24 à 27).

G. Sûretés réelles mobilières grevant une propriété intellectuelle future

37. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit qu'une personne peut octroyer une sûreté réelle mobilière sur un bien futur, à savoir un bien que le constituant crée ou acquiert après la constitution de la sûreté (voir recommandation 17). Comme toutes les autres règles recommandées dans le *Guide*, celle-ci aussi s'applique à la propriété intellectuelle, sauf dans la mesure où elle est incompatible avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir al. b) de la recommandation 4). De ce fait, selon la loi recommandée dans le *Guide*, une sûreté peut être constituée sur une propriété intellectuelle future (en ce qui concerne les limitations légales, voir recommandation 18 et par. 43 et 44 ci-dessous). En effet, il est utile du point de vue commercial de permettre qu'une sûreté réelle mobilière porte sur une propriété intellectuelle future.

38. Dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle suit la même approche: il autorise les propriétaires de propriété intellectuelle à obtenir un financement utile à l'élaboration de créations nouvelles, à condition que leur valeur puisse être raisonnablement estimée à l'avance. Par exemple, il est généralement possible de constituer une sûreté réelle mobilière sur un film ou un logiciel protégé par le droit d'auteur (la sûreté est constituée lors de la création de l'œuvre protégée par le droit d'auteur; voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 40, exemple 3). Dans certains États, il est possible de constituer une sûreté réelle mobilière sur une demande de brevet avant l'octroi du droit de brevet (généralement, une fois que le droit de brevet est octroyé, la date du dépôt de la demande est considérée comme sa date de constitution).

39. Toutefois, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut parfois limiter la possibilité de transférer différents types de propriété intellectuelle future à des fins spécifiques. Par exemple, dans certains cas, le transfert de droits sur de nouveaux médias ou de nouvelles utilisations technologiques inconnus au moment du transfert ne peut pas produire effet compte tenu de la nécessité de protéger les auteurs contre des engagements excessifs. Dans d'autres, le transfert de droits futurs peut être soumis à un droit légal d'annulation après une certaine période. Dans d'autres encore, la notion de "propriété intellectuelle future" peut englober des droits enregistrables créés mais non encore enregistrés. Les interdictions légales peuvent également prendre la forme d'une obligation de décrire précisément la propriété intellectuelle.

40. D'autres limites à l'affectation d'une propriété intellectuelle future en garantie d'un crédit peuvent découler de la signification qui est donnée aux concepts de "perfectionnement", de "mise à jour", d'"adaptation" ou à d'autres modifications apportées à la propriété intellectuelle par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ces "autres modifications" d'un contenu protégé par le droit d'auteur peuvent, par exemple, concerner la qualité du contenu ou la forme sous laquelle il est émis, comme le rematriçage ou la numérisation d'un enregistrement sonore ou de nouvelles formes de production électronique d'un enregistrement sonore qui pourraient déboucher sur des formes d'utilisation nouvelles, non encore inventées, dépendant ou non d'un support physique.

41. Le créancier garanti devrait comprendre comment ces concepts sont interprétés dans ce droit et comment ils peuvent affecter le concept de "propriété", qui est essentiel dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle. Cet aspect est particulièrement important dans le cas des logiciels protégés par un droit d'auteur, par exemple. Dans certains États, une sûreté grevant une version d'un logiciel protégé par le droit d'auteur qui existe au moment du financement peut automatiquement s'étendre aux modifications apportées à cette version par la suite. Toutefois, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traite généralement ces améliorations futures comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Par conséquent, si des droits futurs de propriété intellectuelle peuvent être grevés, un créancier garanti prudent qui souhaite s'assurer que les améliorations seront grevées devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien de façon à ce que ces améliorations soient directement grevées (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/add.5, par. 20). Si des droits futurs de propriété intellectuelle ne peuvent pas être grevés, les améliorations ne peuvent pas l'être non plus et la loi recommandée dans le Guide ne prévaut sur aucune de ces limites (voir recommandation 18).

42. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle limite la possibilité de transférer une propriété intellectuelle future, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas à la question dans la mesure où elle est incompatible avec ce droit (voir al. b) de la recommandation 4). Autrement, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique et permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs (voir recommandation 17). Les États adoptant la loi recommandée dans le *Guide* souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si les avantages découlant de telles limitations (par exemple la protection du propriétaire contre des engagements excessifs) l'emportent sur les avantages découlant de l'affectation de tels biens en garantie d'un crédit (par exemple le financement d'activités de recherche et développement).

H. Limitations légales ou contractuelles à la transférabilité d'une propriété intellectuelle

43. Certaines règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peuvent limiter la possibilité d'un propriétaire, d'un donneur ou d'un preneur de licence de propriété intellectuelle, de constituer une sûreté réelle mobilière efficace sur certains types de propriété intellectuelle. Dans de nombreux

États, seuls peuvent être transférés les droits patrimoniaux de l'auteur; les droits moraux ne sont pas susceptibles de transfert. La législation de nombreux États prévoit aussi que le droit de l'auteur à une rémunération équitable n'est pas transférable. De nombreux États encore prévoient que les marques ne sont pas transférables, si ce n'est avec le fonds commercial auquel elles se rattachent. Enfin, comme pour des biens autres que la propriété intellectuelle, un bien ne peut pas être grevé par une personne si celle-ci n'a pas de droits sur ce bien ou le pouvoir de le grever (voir recommandation 13 et le principe *nemo dat*). La loi recommandée dans le *Guide* respecte toutes ces limites à la transférabilité de la propriété intellectuelle (voir recommandation 18).

44. Les seules limites à la transférabilité de certains biens sur lesquelles la loi recommandée dans le *Guide* pourrait avoir une incidence et sur lesquelles elle pourrait prévaloir sont les dispositions légales limitant la transférabilité des créances futures et la cession globale de créances, de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances, ainsi que les limites contractuelles à la cession de créances nées de la vente ou de la mise sous licence de droits de propriété intellectuelle (voir art. 8 et 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandations 23 à 25). La loi recommandée dans le *Guide* peut également avoir une incidence sur les limites contractuelles et les rendre sans effet, mais uniquement lorsqu'il s'agit de créances (et non de propriété intellectuelle) et seulement dans un certain contexte, à savoir dans le cadre d'une convention conclue entre le créancier et le débiteur de la créance (voir par. 26 à 29 ci-dessus).

Recommandation 243¹

Sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle

La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle, sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière sur le bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel. Toutefois, dans la mesure autorisée par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la présente recommandation ne limite pas les moyens de réalisation d'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur le bien meuble corporel ou sur la propriété intellectuelle.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les mots "sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté", qui figurent dans la première phrase de la recommandation, devraient être conservés. Il voudra peut-être noter que la recommandation 10 indique que la loi devrait prévoir que le constituant et le créancier garanti peuvent, par convention et sauf disposition contraire, déroger aux dispositions de la loi relatives à leurs droits et obligations respectifs. Partant, la référence à l'autonomie des parties dans la première phrase de la présente recommandation peut soulever

¹ Si cette recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, où elle constituerait la recommandation 28 bis.

des doutes quant à l'application du principe de l'autonomie des parties à d'autres dispositions de la loi qui ne contiennent pas une telle référence et poser ainsi des problèmes d'interprétation. Le Groupe de travail voudra aussi peut-être examiner si la deuxième phrase de la recommandation pourrait être insérée dans le commentaire étant donné qu'elle traite une question examinée dans le chapitre sur la réalisation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 24 à 27).]

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide
législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux
sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle,
soumise au Groupe de travail VI (Sûretés)
à sa dix-septième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	1-9
A. Le concept d'opposabilité	1-3
B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles qui sont inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle . .	4-7
C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles qui ne sont pas inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle	8-9
IV. Le système de registre	10-54
A. Le registre général des sûretés	10-11
B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle	12-14
C. Coordination des registres	15-20
D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles futures	21-23
E. Double inscription ou double recherche	24-36
F. Moment où l'inscription prend effet	37-39
G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription	40-48
H. Inscription des sûretés réelles mobilières grevant des marques	49-54
Recommandation 244	

III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 9, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 1 à 9, A/CN.9/685, par. 36 à 38, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 1 à 9, A/CN.9/670, par. 56 à 61, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1,

par. 1 à 14, A/CN.9/667, par. 55 à 63, A/CN.9/WG.V/WP.33, par. 137 à 145, et A/CN.9/649, par. 29 à 31.]

A. Le concept d'opposabilité

1. Comme il a déjà été noté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 1 à 3), la loi recommandée dans le *Guide* distingue la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) de son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Cette distinction s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. Toutefois, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne fait pas cette distinction et s'il s'agit d'une approche spécifique à la propriété intellectuelle, la loi recommandée dans le *Guide* donnera préséance à ce droit (voir recommandation 4, al. b)).

2. Par ailleurs, dans certains États, la constitution et l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles sont régies par les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux sûretés grevant d'autres types de biens meubles incorporels. Dans d'autres, en revanche, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle peut prévoir des méthodes de constitution et d'opposabilité particulières pour les sûretés grevant certains types de propriété intellectuelle. Les règles diffèrent souvent pour les droits sur des propriétés intellectuelles qui sont soumis à un système d'inscription dans un registre spécialisé (comme les brevets, les marques et, dans certains États, les droits d'auteur), et les droits sur des propriétés intellectuelles qui ne sont pas soumis à une telle inscription (comme les secrets commerciaux, les dessins et modèles industriels et, dans certains États, les droits d'auteur). Ces questions sont traitées dans les sections B et C ci-dessous.

3. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, le concept d'"opposabilité" désigne le fait, pour une sûreté réelle mobilière grevant un bien en tant que droit réel, de produire des effets à l'égard de tiers, en d'autres termes à l'égard des parties autres que le constituant et le créancier garanti qui ont actuellement ou pourraient acquérir dans le futur une sûreté ou un autre droit sur ce bien grevé. Ces tiers ("réclamants concurrents") sont notamment les créanciers du constituant, le représentant de l'insolvabilité du constituant, mais aussi les bénéficiaires des transferts, les preneurs à bail et les preneurs de licence du bien grevé (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 11 et 12). Par contre, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le terme "opposabilité" est souvent employé pour désigner l'efficacité des droits exclusifs attachés aux droits de propriété ou aux droits d'un donneur ou d'un preneur de licence sur une propriété intellectuelle et non l'efficacité d'une sûreté. Il ne faut pas confondre les deux notions. Alors que l'efficacité d'une sûreté sur une propriété intellectuelle à l'égard des réclamants concurrents relève de la loi sur les opérations garanties, l'efficacité des droits exclusifs attachés aux droits de propriété ou aux droits d'un donneur ou d'un preneur de licence à l'égard des bénéficiaires du transfert de ces droits relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter, à cet égard, qu'aux fins de la loi sur les opérations garanties, les auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle ne sont pas des réclamants concurrents. La loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique donc pas à un "conflit" entre un créancier garanti et un auteur présumé. En outre, si, par exemple, ce dernier fait valoir à l'encontre d'un créancier

garanti qu'il est bénéficiaire d'un transfert ou preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée, la question sera tranchée conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Si la preuve est faite qu'il s'agit bien d'un bénéficiaire de transfert ou d'un preneur de licence et s'il y a un conflit de priorité avec une sûreté réelle mobilière, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique à ce conflit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, sect. F, G et H).

B. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles qui sont inscrites sur un registre de la propriété intellectuelle

4. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels peuvent être rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, ou par inscription d'un document ou avis dans un registre spécialisé, lorsqu'il existe. La loi recommandée dans le *Guide* part du principe que, lorsqu'un État tient un registre spécialisé, il autorisera l'inscription d'un avis de sûreté comme mode d'opposabilité (voir recommandations 34, al. a) iii) et 38, al. a)) (voir aussi par. 12 à 14 ci-après).

5. L'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle varie d'un État à l'autre à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne la question de savoir: a) si les transferts, les licences ou, également, les sûretés réelles mobilières peuvent être inscrits; b) si les droits sur les brevets, les marques, les droits d'auteur ou d'autres types de propriété intellectuelle peuvent être inscrits; c) si un document, résumé ou avis doit être inscrit; et d) quelles sont les conséquences juridiques de l'inscription. Dans certains cas, les réponses à toutes ces questions ne sont pas faciles à obtenir, y compris au sein d'un même système juridique.

6. Ainsi, dans certains États, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une sûreté n'est pas constituée ni ne devient opposable tant qu'un document ou un avis y relatif n'est pas inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans d'autres, ce droit prévoit qu'une sûreté est constituée et, simultanément, devient opposable dès que la convention constitutive de sûreté est conclue entre les parties, même sans inscription. En pareil cas, l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié permet à certains tiers (généralement des bénéficiaires de transferts qui ne savent pas que le bien est grevé; "bénéficiaires de transferts de bonne foi") d'invoquer une règle de priorité selon laquelle une sûreté inscrite prime une sûreté antérieure non inscrite, cette dernière demeurant toutefois opposable aux autres tiers. Dans d'autres États encore, une sûreté est constituée lorsque la convention constitutive est conclue entre les parties, mais l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié est nécessaire pour que la sûreté produise effet à l'égard des tiers, par exemple en raison d'une règle de preuve interdisant que la preuve des sûretés non inscrites soit rapportée. Dans d'autres États toujours, le système d'inscription ne permet pas facilement l'inscription des documents ou des avis relatifs à des sûretés, et la constitution et l'opposabilité des sûretés doivent être assurées en dehors du système d'enregistrement de la propriété intellectuelle. Enfin, dans certains États qui font la distinction entre la constitution et l'opposabilité, il est possible d'assurer l'opposabilité d'une sûreté en utilisant soit le registre de la propriété intellectuelle, soit un registre général des sûretés existant. Si l'une de ces méthodes d'opposabilité

qui existent dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle est exclusive, elle prime, conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, toute méthode prévue dans la loi recommandée par le *Guide*.

7. Le *Guide* recommande un registre général des sûretés et, lorsqu'il existe des registres spécialisés qui permettent d'inscrire un avis relatif à une sûreté pour la rendre opposable, il évite de leur nuire en reconnaissant l'inscription dans ces registres comme un mode d'opposabilité et en attribuant la priorité à une inscription de ce type (voir recommandations 38, 77 et 78). Cette question sortant du cadre de la loi sur les opérations garanties et exigeant en tout état de cause des efforts et des dépenses supplémentaires de la part des États, le *Guide* ne recommande pas aux États qui ne possèdent pas actuellement de registre spécialisé pour certains types de propriété intellectuelle d'en créer un pour permettre l'inscription d'avis relatifs à des sûretés grevant ces propriétés intellectuelles. Pour la même raison, il ne recommande pas non plus aux États qui n'autorisent pas à ce jour l'inscription d'un avis relatif à une sûreté dans un registre de la propriété intellectuelle de modifier leurs règles de droit pour autoriser ces inscriptions. Enfin, pour éviter les efforts et les dépenses inutiles, il ne recommande pas une règle qui exige l'inscription d'un avis relatif à une sûreté à la fois dans le registre général des sûretés et dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Toutefois, si les États qui adoptent les recommandations du *Guide* ont des registres spécialisés de la propriété intellectuelle qu'ils souhaitent utiliser pour inscrire les sûretés sur des propriétés intellectuelles, en recourant aux options énumérées dans la recommandation 38 du *Guide*, ils souhaiteront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et examiner s'il faut permettre ou non l'inscription d'avis relatifs à des sûretés à des fins d'opposabilité dans les registres de la propriété intellectuelle existants. Les États qui n'ont pas de registres spécialisés de la propriété intellectuelle ou en ont mais ne souhaitent pas les utiliser pour inscrire les sûretés sur des propriétés intellectuelles peuvent toujours utiliser le registre général des sûretés pour inscrire les avis relatifs à des sûretés sur tous les types de biens meubles, y compris des propriétés intellectuelles.

C. Opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles qui ne sont pas inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle

8. Comme il a déjà été mentionné (voir par. 4 plus haut), selon la loi recommandée dans le *Guide*, une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 32). Cette possibilité existe même si les droits de propriété intellectuelle grevés ne peuvent pas être inscrits dans un registre de la propriété intellectuelle (c'est généralement le cas, par exemple, des droits d'auteur, des dessins et modèles industriels ou des secrets commerciaux). La même règle s'appliquerait si un document ou avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle pouvait être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, mais ne l'est pas. Dans ce cas, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés est suffisante et a pour conséquence juridique de rendre la sûreté opposable (voir recommandations 29, 32, 33 et 38). Par contre, dans le cas particulier où le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une

sûreté grevant une propriété intellectuelle pourra être rendue opposable uniquement par inscription dans un registre de la propriété intellectuelle, une sûreté ne peut pas être rendue opposable par inscription dans le registre général des sûretés (voir recommandation 4, al. b)).

9. Comme il a également déjà été mentionné (voir par. 5 et 6 plus haut), le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle apporte différentes réponses à la question de l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle. Dans certains États (souvent ceux dont le droit des opérations garanties est fondé sur les concepts de gage sans dépossession), soit aucun droit ne peut être inscrit sur certains types de propriété intellectuelle, soit seuls les transferts purs et simples de propriété intellectuelle peuvent l'être. En d'autres termes, une sûreté sur une propriété intellectuelle de ce type ne peut pas être rendue opposable par inscription dans un registre de la propriété intellectuelle. Dans d'autres États (souvent ceux dont le droit des opérations garanties utilise les concepts d'hypothèque), une sûreté est traitée comme un autre type de transfert (pur et simple ou conditionnel) et est, par conséquent, constituée et rendue opposable de la même manière que tout autre transfert. Dans ces États, par conséquent, un document ou un avis relatif à des sûretés fondées sur la propriété doit souvent être inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié pour que les sûretés soient constituées et rendues opposables, mais les sûretés qui ne sont pas fondées sur la propriété ne peuvent être inscrites. Dans certains de ces États, une telle inscription produit des effets à l'égard des tiers. Enfin, quelques États posent des conditions supplémentaires, au nombre desquelles on trouve habituellement le paiement d'un droit de timbre ou autre taxe sur les opérations, ou une obligation de notification à un organe administratif, comme une association nationale des auteurs ou une société de gestion collective. Si les États qui adoptent la loi recommandée dans le *Guide* souhaitent harmoniser leur droit des opérations garanties avec leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, ils doivent: a) remplacer tous les mécanismes de sûreté existants par une notion intégrée de sûreté réelle mobilière, ou tout au moins soumettre les sûretés fondées sur la propriété aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 4), et b) autoriser l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (au moins pour les droits de propriété intellectuelle qui s'y trouvent peut-être déjà inscrits) comme un mode d'opposabilité.

IV. Le système de registre

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 10 à 54, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.3, par. 10 à 42, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 10 à 42, A/CN.9/670, par. 62 à 72, A/CN.9/WG.VI/WP.35, par. 15 à 31, A/CN.9/667, par. 64 à 85, A/CN.9/WG.VI/WP.33, par. 149 à 161, et A/CN.9/649, par. 32 à 40.*]

A. Le registre général des sûretés

10. Comme il a déjà été noté, le *Guide* recommande aux États d'établir un registre général des sûretés (voir recommandations 54 à 75). D'une manière générale, le système de registre qu'il recommande a pour objet de fournir: a) une méthode

efficace par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable; b) un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription; et c) une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés (voir la section relative à l'objet du chapitre IV sur le système de registre de la loi recommandée dans le *Guide*). Dans cette approche, l'inscription est celle d'un avis relatif à la sûreté et non celle de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir recommandation 54, al. b)). Il suffit que l'avis contienne certaines informations de base à propos de la sûreté, à savoir: a) le nom du constituant et du créancier garanti ou de son représentant, ou tout élément permettant de les identifier; b) une description du bien grevé; c) la durée de l'inscription; et d) une déclaration du montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée, si un État adoptant la loi recommandée dans le *Guide* le prévoit ainsi (voir recommandation 57).

11. La loi recommandée dans le *Guide* énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale. Cette question est importante car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou d'un autre élément permettant d'identifier celui-ci (voir recommandation 54, al. h) et recommandations 58 à 63). En outre, la loi recommandée dans le *Guide* contient un certain nombre de règles visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre. Par exemple, elle prévoit que, dans la mesure du possible, le registre devrait être électronique et permettre une inscription et une recherche par voie électronique (voir recommandation 54, al. j)). De plus, elle prévoit que les frais d'inscription et de recherche éventuels ne devraient pas être plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts (voir recommandation 54, al. i)).

B. Registres pour différents types de propriété intellectuelle

12. Comme indiqué plus haut (voir par. 7 à 11 ci-dessus), de nombreux États tiennent des registres pour inscrire (ou enregistrer) des opérations (comme des transferts) relatives à des propriétés intellectuelles. Dans certains de ces registres, il est aussi possible de déposer initialement (autrement dit de présenter une demande d'inscription) puis d'inscrire des sûretés. Par exemple, des registres de brevets et de marques existent dans la plupart des États, mais tous ne permettent pas l'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté. En outre, dans certains États, l'inscription d'un avis (que ce soit pour une sûreté ou un autre droit) ne produit pas d'effets à l'égard des tiers. De plus, un certain nombre d'États possèdent des registres similaires pour les droits d'auteur mais cette pratique n'est pas universelle.

13. Alors que certains États possèdent des registres de la propriété intellectuelle permettant l'inscription d'avis, ils sont plus nombreux à utiliser des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents", dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole décrivant les principales conditions du transfert. Une approche plus moderne est de simplifier le processus en inscrivant une quantité limitée d'informations (comme les noms des parties et une description générale des biens grevés). Par exemple, les conditions d'enregistrement pour les marques sont simplifiées par le Traité sur le droit des marques (1994), le Traité de Singapour sur

le droit des marques, ainsi que par l'Arrangement de Madrid (1891), le Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid (1989), et les formulaires d'inscription internationaux types annexés aux deux traités. Le Traité sur le droit des brevets (Genève, 2000) et le Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil en date du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire simplifient également les conditions d'enregistrement. L'inscription du document de l'opération ou d'un protocole énonçant les principales conditions de cette dernière est exigée dans un souci de transparence. Il est donc essentiel que l'instrument ou le protocole de transfert indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans les registres de la propriété intellectuelle, les inscriptions sont parfois indexées par bien de propriété intellectuelle et non par l'élément identifiant le constituant, car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs copropriétaires ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de propriétaire au fil des transferts.

14. Il existe, outre les registres nationaux, un certain nombre de registres internationaux de la propriété intellectuelle et l'enregistrement dans ces registres relève de traités relativement modernes ou d'autres textes législatifs internationaux qui visent à le simplifier, comme le règlement sur la marque communautaire, qui permet d'enregistrer des indications relatives à la propriété mais aussi aux sûretés aux fins d'opposabilité, ou le Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles ("Traité sur le registre des films") adopté à Genève le 18 avril 1989 sous les auspices de l'OMPI. Ce traité crée un registre international qui permet l'enregistrement d'indications concernant les œuvres audiovisuelles et les droits sur ces œuvres, y compris, en particulier, les droits relatifs à leur exploitation (les documents de la conférence diplomatique montrent que des indications concernant les sûretés étaient également envisagées), et instaure une présomption de validité des indications enregistrées. Le registre international permet deux types de demandes: une "demande en rapport avec une œuvre", qui identifie une œuvre existante ou future au moins par son ou ses titres, et une "demande en rapport avec une personne", qui identifie une ou plusieurs œuvres existantes ou futures par la personne physique ou morale qui a produit, ou est censée produire, ces œuvres ou qui en est le propriétaire ou est censée l'être. Ce registre contient une base de données électronique qui permet l'indexation croisée des différents types d'enregistrement. Il existe aussi une procédure pour demander la suppression des contradictions.

C. Coordination des registres

15. Comme on l'a vu (voir par. 4 et 5 ci-dessus), le *Guide* ne recommande pas qu'un système d'inscription dans un registre spécialisé (pour la propriété intellectuelle ou pour d'autres biens) soit créé s'il n'en existe pas, et il n'a aucune incidence sur les systèmes de registres spécialisés existants. Toutefois, lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'un document ou avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle et que, dans le même temps, la loi recommandée dans le *Guide* dispose que cette sûreté peut également être inscrite dans le registre général des sûretés, il est nécessaire de régler la question de la coordination entre ces deux registres. Afin de ne pas interférer avec le droit

contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la loi recommandée dans le *Guide* traite la question en donnant généralement préséance à ce droit (voir recommandation 4, al. b)) et en énonçant des règles de priorité appropriées.

16. Ainsi, la loi recommandée dans le *Guide* ne traite pas, ni ne cherche à traiter, de la question de savoir si une sûreté grevant une propriété intellectuelle peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, des conditions d'une telle inscription (par exemple inscription d'un document ou d'un avis) ou de ses conséquences juridiques (par exemple, opposabilité ou présomption d'opposabilité à l'égard de toutes les parties ou uniquement des tiers). Même si un registre de la propriété intellectuelle ne permet pas l'inscription des sûretés, ou permet l'inscription d'un document mais non d'un avis relatif à la sûreté ou, ayant permis une telle inscription, ne lui confère pas d'effets à l'égard des tiers, le *Guide* ne formule pas de recommandation contraire et admet tout éventuel système d'inscription dans un registre spécialisé tel qu'il est.

17. Le *Guide* contient en revanche des recommandations concernant l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle dans le registre général des sûretés, ce qui explique qu'il donne préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)) lorsque celui-ci traite des effets de l'inscription des sûretés sur un registre de la propriété intellectuelle d'une manière qui serait incompatible avec les effets à l'égard des tiers que la loi recommandée dans le *Guide* confère à cette inscription (voir recommandation 38). À l'inverse, si ce droit ne traite pas de ces questions et en l'absence de chevauchement ou de conflit avec ce droit, la question de la primauté de ce dernier ne se posera pas et la loi recommandée dans le *Guide* s'appliquera en conférant à cette inscription dans un registre spécialisé des effets à l'égard des tiers.

18. En outre, le *Guide* traite de la coordination entre un registre spécialisé (notamment un registre de la propriété intellectuelle) et le registre général des sûretés qu'il recommande, par des règles de priorité appropriées. Ainsi, afin de préserver la fiabilité des registres de la propriété intellectuelle (et des autres registres spécialisés), en particulier lorsque le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'édicte pas de règles pour déterminer la priorité, la loi recommandée dans le *Guide* prévoit qu'une sûreté grevant une propriété intellectuelle pour laquelle un document ou avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir par. 4 plus haut) a priorité sur une sûreté grevant la même propriété intellectuelle pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 77, al. a)). Elle dispose, pour cette même raison, que le bénéficiaire d'un transfert acquiert en principe la propriété intellectuelle libre d'une sûreté constituée précédemment sur cette propriété, à moins qu'un document ou avis relatif à cette sûreté ne soit inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 78 et 79). Conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4, cette règle ne s'appliquerait que si elle n'est pas contraire à une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, par. 12 à 15).

19. Si les États adoptant la recommandation du *Guide* ont des registres spécialisés de la propriété intellectuelle qu'ils souhaitent utiliser pour inscrire les sûretés sur des propriétés intellectuelles en recourant aux options énumérées dans la

recommandation 38 du *Guide*, ils souhaiteront peut-être réfléchir à des moyens de coordonner leurs registres de la propriété intellectuelle existants avec le registre général des sûretés recommandé dans le *Guide*. Ils pourraient par exemple envisager de permettre l'inscription d'un avis relatif à une sûreté grevant une propriété intellectuelle dans un registre de la propriété intellectuelle conférant des effets à l'égard des tiers. Ils pourraient aussi examiner si les registres de la propriété intellectuelle portant sur des biens devraient également avoir un index des débiteurs (et inversement). Ils pourraient, en outre, envisager d'exiger la transmission d'un avis concernant l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle au registre général des sûretés (ou inversement). Il va de soi qu'il serait plus facile, plus simple, plus rapide et moins onéreux de coordonner les registres de cette manière dans un système d'inscription électronique que dans un système d'inscription sur support papier.

20. Une alternative à un système qui permet de transmettre les avis d'un registre à un autre pourrait être un système qui présente un portail commun d'accès à la fois au registre général des sûretés et à divers registres spécialisés. Un tel portail commun permettrait aux personnes procédant à l'inscription d'enregistrer l'avis simultanément dans les deux registres. Plusieurs mesures devraient être prises pour garantir l'efficacité d'un portail commun: il faudrait qu'un simple avis soit suffisant, l'avis devant inclure à la fois l'élément identifiant le constituant et le créancier garanti (ou son représentant) et un descriptif précis des biens grevés; qu'il soit possible de faire des recherches dans les deux registres en soumettant une seule demande; et que l'on tienne des index à la fois sur les constituants et sur les biens et établisse des renvois entre les deux (voir chap. III du *Guide* sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 80 à 82).

D. Enregistrement d'avis concernant des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles futures

21. Le registre général des sûretés recommandé par le *Guide* présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut porter sur des biens futurs du constituant. La sûreté peut donc grever des biens qui seront produits ou acquis ultérieurement par ce dernier (voir recommandation 17) et l'avis peut porter sur des biens décrits de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables (voir recommandation 63 et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 5 à 8 et 37 à 42). Ainsi, si les biens grevés sont décrits dans la convention constitutive de sûreté comme étant l'ensemble des stocks existants et futurs, l'avis peut également décrire les stocks de cette manière. La priorité étant déterminée par la date d'inscription, la priorité des sûretés s'étend aux stocks futurs. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

22. De leur côté, dans bien des États, les registres de la propriété intellectuelle existants ne se prêtent pas aisément à l'inscription de droits sur une propriété intellectuelle future. Comme les transferts ou les sûretés réelles mobilières portant sur des propriétés intellectuelles s'y trouvent indexés par droit de propriété intellectuelle concerné, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois la propriété intellectuelle elle-même d'abord enregistrée. De ce fait, l'inscription sur

un registre de la propriété intellectuelle d'un avis général concernant une sûreté sur une propriété intellectuelle future serait sans effet, et une nouvelle inscription de la sûreté serait nécessaire chaque fois qu'une nouvelle propriété intellectuelle est acquise.

23. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle interdit qu'une propriété intellectuelle soit acquise, transférée ou grevée avant d'avoir été effectivement enregistrée dans un registre de la propriété intellectuelle, la loi recommandée dans le *Guide* ne remet pas en cause cette interdiction et ne permet pas de consentir une sûreté sur cette propriété intellectuelle future. En revanche, si ce droit n'interdit pas la constitution d'une sûreté sur une propriété intellectuelle future (comme c'est, par exemple, le cas pour une marque ou un brevet pour lequel la demande d'enregistrement dans le registre des brevets ou des marques est en instance), une telle sûreté pourrait être constituée et devenir opposable conformément à la loi recommandée dans le *Guide*. Les États qui adopteront les recommandations du *Guide* souhaitent peut-être envisager de revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si un avis concernant une sûreté peut porter sur une propriété intellectuelle future.

E. Double inscription ou double recherche

24. Comme il a déjà été indiqué, la loi recommandée dans le *Guide* prévoit que le droit des opérations garanties accorde la priorité aux droits pour lesquels une inscription a été effectuée dans un registre de la propriété intellectuelle et donne préséance aux règles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui régissent le registre en ce qui concerne les modalités d'inscription d'un document ou avis relatif à une sûreté (voir par. 4, 17 et 18 ci-dessus). Comme il est également noté plus haut, la loi recommandée dans le *Guide* rend ainsi souvent inutile la double inscription ou la double recherche. En particulier, une simple inscription au registre général des sûretés paraîtrait nécessaire et utile aux fins des opérations garanties: a) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle pour lequel aucun système d'enregistrement n'est prévu par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple droits d'auteur ou secrets commerciaux dans de nombreux États); b) lorsque le bien grevé est un type de propriété intellectuelle pour lequel les droits de propriété peuvent être inscrits dans un registre de la propriété intellectuelle, mais pas un document ou avis relatif à une sûreté; et c) lorsqu'un avis relatif à une sûreté sur une propriété intellectuelle peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle, mais que les effets de cette inscription sont incompatibles avec les effets à l'égard des tiers. En revanche, l'inscription au registre de la propriété intellectuelle approprié peut être préférable, par exemple: a) lorsque le bien grevé est un type de bien pour lequel existe un système d'enregistrement qui permet d'enregistrer des documents ou avis relatifs à des sûretés (par exemple brevets ou marques dans de nombreux États); ou b) lorsque le créancier garanti a besoin d'obtenir la priorité sur d'autres créanciers garantis ou bénéficiaires de transferts conformément au droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

25. Avant tout octroi ou engagement de crédit en vertu d'une convention constitutive de sûreté, un créancier garanti faisant preuve de la diligence voulue

procédera habituellement à une recherche pour déterminer s'il existe déjà des réclameurs concurrents qui ont priorité sur la sûreté proposée. Dans un premier temps, le créancier garanti recherchera les propriétaires successifs pour identifier les transferts antérieurs et déterminer si le constituant a effectivement des droits sur la propriété intellectuelle ou d'autres biens meubles à grever afin que la sûreté puisse d'emblée produire ses effets. Pour les types de propriété intellectuelle dont les transferts de propriété doivent être inscrits dans un registre spécialisé afin d'être opposables, la recherche des propriétaires successifs sera plus facile que pour les types de biens grevés pour lesquels un tel registre n'existe pas (le registre général des sûretés ne consigne pas les droits de propriété). Ensuite, le créancier garanti effectuera une recherche pour déterminer si chaque propriétaire en amont a accordé une sûreté qui pourrait avoir priorité sur la sûreté proposée. Si tel n'est pas le cas, il pourra, en toute sécurité, accorder ou promettre un crédit sur la base de la propriété intellectuelle concernée à condition qu'il prenne les mesures nécessaires en vertu de la loi recommandée dans le *Guide* pour assurer l'opposabilité. Enfin, si le créancier garanti a inscrit un avis ou document relatif à sa sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, il peut se fier à cette inscription et au rang de priorité qui lui a été accordé en vertu de la loi recommandée dans le *Guide*. Dans ce cas, un créancier tiers potentiel aurait seulement besoin d'effectuer une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans les autres cas, il devrait effectuer une recherche non seulement dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (pour les transferts de propriété) mais aussi dans le registre général des sûretés (pour les sûretés qui ne peuvent pas être inscrites dans le registre de la propriété intellectuelle approprié).

26. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit que le registre général des sûretés sera électronique, permettra d'inscrire des avis relatifs à des sûretés éventuelles en conférant des effets à l'égard des tiers et prélèvera, le cas échéant, des frais d'enregistrement et de recherche minimaux (pour permettre le recouvrement des coûts) (voir recommandation 54, al. i)). En d'autres termes, dans les États qui adoptent les recommandations du *Guide*, l'inscription et la recherche dans ce registre devraient être simples, rapides et économiques. En revanche, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, il se peut que les registres ne soient pas nécessairement entièrement électroniques (même si un nombre croissant de registres de la propriété intellectuelle permettent les recherches en ligne moyennant des frais modiques voire gratuitement). De plus, il faudra peut-être inscrire le document concernant l'opération ou un résumé y relatif (et non un avis). En outre, il se peut que le document inscrit doive être vérifié par le personnel du registre, ne serait-ce que dans la mesure où l'inscription peut avoir comme conséquence juridique de créer une présomption irréfragable ou réfragable de l'existence d'un droit sur une propriété intellectuelle.

27. Ainsi, si les frais demandés varient considérablement d'un État à l'autre, on peut raisonnablement s'attendre à ce que le coût d'enregistrement d'un document relatif à une sûreté réelle mobilière dans un registre de la propriété intellectuelle dépasse celui de l'inscription d'un avis relatif à une telle sûreté dans le registre général des sûretés. Quant à l'investissement en temps et en argent nécessaire pour faire des recherches dans un registre de documents (électronique ou non), il risque de dépasser celui nécessaire pour un registre général des sûretés électronique reposant sur l'inscription d'avis. Ces différences seront bien évidemment atténuées si un registre de la propriété intellectuelle permet, pour une somme modique,

l'inscription en ligne d'un avis relatif à une sûreté conférant des effets à l'égard des tiers et s'il est organisé de manière à permettre également des recherches rapides et peu coûteuses. Par contre, l'inscription dans le registre de la propriété intellectuelle approprié fournirait davantage d'informations (notamment en raison de la description précise des biens grevés et des informations relatives aux transferts) et, selon toute vraisemblance, des informations plus fiables (notamment parce que l'inscription peut constituer ou apporter une preuve solide de l'existence d'un droit).

28. Les différences de coût de l'inscription et de la recherche peuvent être illustrées par les exemples suivants. Pour des raisons de commodité, les exemples partent du principe que la loi d'un seul État s'applique, que l'État a adopté la loi recommandée dans le *Guide* et que (le cas échéant) il existe un registre de la propriété intellectuelle qui autorise l'inscription des sûretés grevant des propriétés intellectuelles.

29. Un constituant, qui est le propriétaire initial d'un droit de propriété intellectuelle unique, constitue une sûreté sur ce droit. Que l'inscription soit effectuée dans le registre général des sûretés ou dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le créancier garanti n'aura besoin d'inscrire qu'un seul avis pour assurer l'opposabilité de sa sûreté (à moins qu'il préfère inscrire la sûreté dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, lorsqu'il existe, en raison des règles de priorité recommandées dans le *Guide*). Une personne souhaitant accorder un crédit sur la base du droit de propriété intellectuelle grevé devra principalement effectuer une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle approprié étant donné que l'inscription dans ce registre donnerait à sa sûreté un rang de priorité supérieur, y compris à celui d'une sûreté pour laquelle un avis a été inscrit précédemment dans le registre général des sûretés. Il convient de noter toutefois que le système d'enregistrement de la propriété intellectuelle pourra exiger l'inscription d'un document et que le conservateur du registre devra peut-être vérifier ce document pour s'assurer qu'il peut être inscrit. Ces formalités peuvent avoir une incidence sur les délais et les frais d'inscription. Si le système de registre reposant sur l'inscription d'avis du registre général des sûretés fournit des renseignements moins détaillés sur une opération et a donc l'avantage d'offrir une plus grande confidentialité et d'être plus simple que le système de registre reposant sur l'inscription de documents du registre de la propriété intellectuelle, il a l'inconvénient de ne pas donner, à une personne effectuant une recherche, autant de renseignements que ce dernier.

30. Un constituant, qui est le propriétaire initial de 10 droits de propriété intellectuelle, constitue une sûreté sur tous ces droits. S'il n'existe aucun registre spécialisé pour inscrire les sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle, l'inscription doit être effectuée dans le registre général des sûretés. Dans ce cas, le créancier garanti n'a besoin d'inscrire qu'un seul avis indiquant le nom du constituant et les droits de propriété intellectuelle grevés. Le constituant étant considéré comme le propriétaire initial, le créancier garanti n'aura à se préoccuper que des transferts concurrents effectués par le seul constituant et non d'une éventuelle partie en amont dans la chaîne des transferts. Par conséquent, une personne effectuant une recherche n'a besoin d'effectuer qu'une seule recherche dans le registre général des sûretés à partir du nom du constituant pour trouver des sûretés concurrentes.

31. Toutefois, cette même personne devra également effectuer 10 recherches à partir de chaque droit de propriété intellectuelle dans le registre de la propriété intellectuelle pour déterminer s'il existe d'autres réclaments concurrents, par exemple des bénéficiaires de transferts purs et simples. S'il existe un registre spécialisé dans lequel les sûretés grevant des propriétés intellectuelles peuvent être inscrites et si le créancier garanti, connaissant les avantages en termes de priorité que présente l'inscription dans un tel registre, décide d'y effectuer une recherche et d'y inscrire sa sûreté, il devra peut-être inscrire un document ou avis pour chaque droit de propriété intellectuelle séparément, même si dans certains cas il peut être possible d'inscrire un seul document qui identifie tout ou partie des droits de propriété intellectuelle grevés (par exemple si tous les droits sont des brevets). Dans ce cas, une personne effectuant une recherche devra effectuer une recherche dans le registre de la propriété intellectuelle à partir de chacun des 10 droits de propriété intellectuelle pour trouver aussi bien des sûretés antérieures que d'autres réclaments concurrents.

32. Pour résumer, dans l'exemple précité, le créancier garanti ne doit inscrire qu'un seul avis dans le registre général des sûretés mais aura peut-être besoin de faire jusqu'à 10 inscriptions séparées dans le registre de la propriété intellectuelle. Une personne effectuant une recherche doit: a) effectuer une recherche dans le registre général des sûretés pour trouver des sûretés concurrentes ainsi que 10 recherches pour trouver d'autres réclaments concurrents pour chaque droit de propriété intellectuelle; ou b) effectuer 10 recherches pour trouver des sûretés concurrentes ainsi que d'autres réclaments concurrents dans le registre spécialisé de la propriété intellectuelle.

33. Dans l'exemple présenté ci-dessus, si le constituant n'est pas le propriétaire initial, mais le bénéficiaire d'un transfert dans une succession de transferts et si chacun des 10 droits de propriété intellectuelle a 10 propriétaires antérieurs, il se peut quand même que l'inscription dans le registre général des sûretés soit plus efficace que l'inscription dans un registre de la propriété intellectuelle. Un créancier garanti n'aurait besoin d'inscrire qu'un avis unique dans le registre général des sûretés sous le nom du constituant, alors qu'il devrait en inscrire jusqu'à 10 dans un registre de la propriété intellectuelle approprié pour chacun des 10 droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne la recherche, toutefois, si une sûreté reste opposable aux bénéficiaires de transferts sans qu'il soit nécessaire d'inscrire un avis de modification dans le registre général des sûretés (voir par. 45 à 48 et la recommandation 244 ci-après), une personne effectuant une recherche devrait faire 10 recherches en dehors du registre des sûretés pour identifier les propriétaires antérieurs de chaque droit de propriété intellectuelle, puis mener une recherche sur chaque propriétaire antérieur dans le registre général des sûretés pour déterminer s'il y a des sûretés concurrentes antérieures, soit 100 recherches (10 propriétaires antérieurs x 10 droits de propriété intellectuelle) dans le registre général des sûretés pour recenser toutes les sûretés antérieures. Si, toutefois, une sûreté est inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle, lorsqu'il existe, le créancier garanti n'aura besoin d'effectuer que 10 recherches, soit une par droit de propriété intellectuelle, étant donné que la recherche dans le registre de la propriété intellectuelle fera apparaître à la fois les sûretés concurrentes antérieures et d'autres réclaments concurrents. Par conséquent, pour des recherches concernant des droits de propriété intellectuelle ayant eu de nombreux propriétaires antérieurs, il semblerait qu'une

recherche dans le registre de la propriété intellectuelle, lorsqu'il existe, soit moins coûteuse et prenne moins de temps.

34. Pour résumer, lorsqu'il y a plusieurs droits de propriété intellectuelle avec plusieurs bénéficiaires de transferts antérieurs: a) s'il n'existe pas de registre spécialisé de la propriété intellectuelle et que la loi n'exige pas l'inscription d'un avis de modification dans le registre général des sûretés pour que l'inscription reste opposable au bénéficiaire d'un transfert, le créancier garanti n'a besoin d'inscrire qu'un seul avis dans le registre général des sûretés, mais doit effectuer une recherche dans tout registre de la propriété intellectuelle approprié pour chaque droit de propriété intellectuelle afin de trouver d'autres bénéficiaires antérieurs, puis également effectuer une recherche sur chacun de ces bénéficiaires dans le registre général des sûretés pour trouver les sûretés concurrentes antérieures; et b) s'il existe un registre de la propriété intellectuelle dans lequel les avis relatifs à des sûretés peuvent être inscrits, il est possible que le créancier garanti doive inscrire un avis pour chaque droit de propriété intellectuelle séparément (sauf si, dans certains cas, un document unique peut être utilisé pour plusieurs droits de propriété intellectuelle), mais il n'aura besoin d'effectuer qu'une seule recherche dans le registre de la propriété intellectuelle pour trouver toutes les sûretés concurrentes antérieures et tous les bénéficiaires de transferts antérieurs.

35. Ces exemples montrent que, si le registre général des sûretés prévu par le *Guide* convient peut-être mieux dans certains cas de financement garanti par des propriétés intellectuelles, il ne sera sans doute pas toujours approprié et ne le serait qu'en fonction des circonstances de chaque espèce (voir également section G ci-dessous). Ils montrent également que, compte tenu de la priorité d'une sûreté inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle et de la nécessité pour le créancier garanti d'établir que le constituant a des droits sur la propriété intellectuelle devant être grevée, il est possible que l'inscription et la recherche doivent, la plupart du temps, être effectuées dans le registre de la propriété intellectuelle (lorsque l'inscription d'une sûreté dans ce registre est possible, bien entendu).

36. La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité a également une incidence sur l'efficacité d'une inscription en termes de temps et de coûts. Si la loi applicable à ces questions est celle de l'État dans lequel la propriété intellectuelle grevée est protégée, dans le cas d'un portefeuille de droits de propriété intellectuelle, l'inscription et la recherche se feront dans plusieurs États. La situation serait différente si l'opposabilité et la priorité étaient régies par la loi de l'État dans lequel le constituant est situé (sauf bien sûr si le constituant change de pays ou si le droit de propriété intellectuelle grevé est transféré d'une personne se trouvant dans un pays à une autre personne se trouvant dans un autre pays, auquel cas la loi de plusieurs États s'applique; voir recommandations 45, 219 et 220). Dans tous les cas, cependant, la différence tient principalement à la loi applicable et non au type d'inscription. C'est pourquoi cette question est examinée dans le chapitre X sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle.

F. Moment où l'inscription prend effet

37. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis concernant une sûreté devient opposable dès que les informations y figurant sont saisies dans les fichiers du registre et deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche (voir recommandation 70). Lorsque le registre est électronique, l'inscription d'un avis produit effet immédiatement. En revanche, lorsque le registre est tenu sur support papier, elle produira effet un certain temps après.

38. Selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, les règles concernant le moment où l'inscription d'une sûreté prend effet peuvent varier d'un système d'inscription dans un registre spécialisé à l'autre. Par exemple, le droit relatif aux brevets et aux marques de nombreux États prévoit que l'opposabilité d'une sûreté ou d'un autre droit inscrit sur un brevet ou une marque remonte à la date du dépôt (c'est-à-dire de la soumission au registre d'une demande d'inscription). Une telle approche est utile lorsqu'il faut un certain temps au registre pour procéder effectivement à l'inscription de la sûreté grevant le brevet ou la marque, mais elle peut induire en erreur une personne qui cherche à savoir si une propriété intellectuelle est grevée ou pas.

39. Comme il a déjà été mentionné (voir par. 17 et 18 ci-dessus), la loi recommandée dans le *Guide* règle les questions de coordination en donnant la priorité à une sûreté pour laquelle un document ou avis est inscrit dans un registre spécialisé (ou qui fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété) indépendamment de la date d'inscription (voir recommandations 77 et 78). Ainsi, la différence d'approche quant à la date d'effet de l'inscription ne posera probablement aucun problème pour déterminer la priorité d'une sûreté sur une propriété intellectuelle inscrite dans le registre de la propriété intellectuelle approprié.

G. Incidence du transfert de la propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

40. Le *Guide* recommande que la loi sur les opérations garanties traite la question de l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés (voir recommandation 62). Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles rendues opposables par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Elle ne s'applique cependant pas si:

a) Le bénéficiaire d'un transfert acquiert le bien grevé libre de la sûreté, par exemple lorsque le transfert libre de la sûreté est autorisé par le créancier garanti (voir recommandation 80);

b) Un document ou avis relatif à la sûreté a été inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (ou autre registre spécialisé);

c) Le constituant a transféré l'ensemble de ses droits sur le bien grevé avant de consentir une sûreté sur ce bien (dans ce cas, aucune sûreté n'est constituée selon le *Guide*; voir recommandation 13); et

d) Il n'y a pas de transfert de propriété, mais seulement une licence sur la propriété intellectuelle.

41. Pour ce qui est de l'alinéa a) du paragraphe précédent, on notera que si le créancier garanti n'a pas autorisé une licence (c'est-à-dire si le preneur de la licence n'a pas acquis le bien libre de la sûreté) et a réalisé sa sûreté, la réalisation reviendrait à mettre fin à la licence et à toute sous-licence, de sorte que tous les "preneurs de licence" deviendraient des auteurs d'atteintes à la propriété intellectuelle, une fois la réalisation terminée. Pour ce qui est de l'alinéa d), on notera que la recommandation 62 pourrait s'appliquer à une licence si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle considère cette dernière comme un transfert de propriété (alors que, selon le *Guide*, une licence n'est pas un transfert, la signification exacte du terme "licence", notamment la question de savoir si une licence exclusive doit être traitée comme un transfert relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 23 à 25, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4, par. 15).

42. Le commentaire examine trois solutions qui s'offrent à l'État adoptant pour traiter la question. Une première solution consiste à prévoir que, si le bénéficiaire du transfert du bien grevé n'acquiert pas ce dernier libre de la sûreté, le créancier garanti doit inscrire un avis de modification désignant le bénéficiaire dans un délai déterminé après le transfert. À défaut, l'inscription initiale reste en principe efficace, mais la sûreté est subordonnée aux créanciers garantis et aux bénéficiaires de transferts qui ont acquis leurs droits après le transfert du bien grevé et avant l'inscription de l'avis de modification. Une deuxième solution à laquelle les États adoptants peuvent choisir de recourir consiste à prévoir que le délai de grâce pour l'inscription d'un avis de modification ne court qu'à partir du moment où le créancier garanti prend effectivement connaissance du transfert du bien grevé par le constituant. Une troisième solution serait de disposer que le transfert d'un bien grevé n'a pas d'incidence sur l'efficacité de l'inscription d'une sûreté.

43. Si un État adoptant opte pour la troisième solution, le créancier garanti de l'auteur du transfert n'a pas besoin d'inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté désignant le bénéficiaire. En pareil cas, l'inscription initiale d'un avis relatif à la sûreté grevant le bien dont le bénéficiaire du transfert est à présent propriétaire resterait efficace. Cependant, en cas de transferts successifs, il ne sera probablement pas facile pour les bénéficiaires en aval effectuant une recherche dans le registre général des sûretés de découvrir une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont. Dans ce cas, il leur resterait encore à déterminer les propriétaires successifs et le statut du bien grevé en dehors du registre général des sûretés. Par contre, si un État adoptant recourt à la première ou la deuxième solution examinées ci-dessus, un créancier garanti devra inscrire un avis de modification désignant le bénéficiaire du transfert. Dans ce cas, il sera tenu de suivre le statut du bien grevé (à un degré différent, selon que la première ou la deuxième solution est suivie). Dans le même temps, en cas de transferts successifs, les bénéficiaires en aval pourront cependant facilement identifier une sûreté accordée par une personne autre que l'auteur du transfert immédiatement en amont.

44. Les États adoptant la loi recommandée dans le *Guide* devront examiner les avantages et les inconvénients relatifs des différentes solutions présentées ci-dessus et, en particulier, leurs conséquences pour les droits sur la propriété intellectuelle. Avec la première solution, par exemple, un créancier octroyant un crédit garanti par

l'intégralité du droit d'auteur sur un film devrait procéder à des inscriptions systématiques à l'égard de tous les preneurs de licence et de sous-licence successifs (si le droit applicable contenant des dispositions ayant trait aux droits d'auteur considère une licence exclusive de ce type comme un transfert pouvant être enregistré) pour conserver son rang de priorité sur eux ou sur leurs propres créanciers garantis. Cette obligation serait particulièrement lourde pour ce type de prêteur et pourrait décourager l'octroi de crédits garantis par ces biens. En revanche, cette solution permettrait à une personne octroyant un prêt à un preneur de sous-licence de trouver plus aisément une sûreté constituée par le donneur de la sous-licence en effectuant une simple recherche uniquement à partir du nom de ce dernier. Il faut ici mettre en balance les coûts relatifs du suivi et des inscriptions multiples auxquels doit procéder la personne octroyant un prêt à la partie en "amont" et les coûts de la recherche de l'ensemble des propriétaires successifs pour les sûretés constituées par la partie en "aval". À cet égard, il est à noter qu'habituellement, dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, un transfert antérieur conserve son rang de priorité sur les transferts ultérieurs sans qu'il soit nécessaire de procéder à une inscription supplémentaire au nom du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé.

45. Comme il a déjà été mentionné, si un État ne suit pas la troisième solution, un créancier garanti devrait enregistrer un avis de modification dans le registre général des sûretés chaque fois que la propriété intellectuelle grevée ferait l'objet d'un transfert, d'une licence ou d'une sous-licence non autorisés (si le droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traite les licences comme des transferts), au risque de perdre sa priorité s'il n'avait pas été informé et n'avait pas agi rapidement. Les exemples suivants peuvent montrer la nécessité d'une telle approche (voir recommandation 244 ci-dessous)

46. Si le constituant d'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle n'est pas le propriétaire initial, mais le bénéficiaire d'un transfert avec 10 bénéficiaires antérieurs, et si le créancier garanti n'a pas besoin d'inscrire un avis de modification au nom de chaque bénéficiaire du transfert du droit de propriété intellectuelle grevé, celui-ci n'a besoin d'inscrire qu'un avis dans un registre général des sûretés. Par contre, une personne effectuant une recherche devrait faire 10 recherches en dehors du registre des sûretés pour identifier chaque propriétaire, puis une recherche dans le registre général des sûretés pour chacun des 10 propriétaires antérieurs afin de déterminer si des sûretés antérieures ont été octroyées par l'un d'eux.

47. Si, par contre, la loi exige un nouvel avis chaque fois que la propriété intellectuelle grevée est transférée, le créancier garanti doit inscrire un avis sous le nom du constituant et un avis pour chacun des 10 propriétaires antérieurs. Le créancier garanti devra peut-être, dans ce cas, assumer une charge considérable pour contrôler non seulement les actes de son constituant, mais aussi ceux des bénéficiaires de transferts (et des preneurs de licence, si la licence est traitée comme un transfert).

48. Ces exemples montrent que si la loi exige qu'un créancier garanti inscrive un avis de modification chaque fois que la propriété intellectuelle grevée est transférée ou mise sous licence, le financement garanti par la propriété intellectuelle s'en trouverait découragé ou plus coûteux.

H. Inscription des sûretés réelles mobilières grevant des marques

49. L'Association internationale des marques ("AIM") a publié une série de recommandations au sujet de l'inscription des sûretés réelles mobilières sur des marques de produits et de services (regroupées sous le terme de "marques")¹. Plus précisément, elle a entériné le principe d'uniformité ainsi qu'un certain nombre de meilleures pratiques en matière de mécanismes et de méthodes d'inscription des sûretés sur des marques, reconnaissant que les droits de propriété intellectuelle, notamment les marques, constituent un élément de plus en plus important dans les prêts commerciaux; que le manque de cohérence dans l'inscription des sûretés sur les marques alimente l'insécurité dans les relations commerciales et fait que le propriétaire d'une marque risque de perdre ou de compromettre d'une autre manière ses droits attachés à la marque; que les mécanismes d'inscription des sûretés sur les marques sont inexistantes (ou insuffisantes) dans de nombreux États; que beaucoup de pays appliquent des critères différents et contradictoires pour déterminer ce qui peut et sera enregistré; et que les travaux menés au niveau international au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle par des organisations comme la CNUDCI auront de larges incidences sur la manière dont les règles de droit sur le financement garanti sont appliquées à l'inscription et à d'autres aspects des sûretés sur les marques, surtout dans les pays en développement. Il convient de noter que les recommandations n'abordent pas les questions ayant trait à l'inscription des sûretés grevant des marques qui ne peuvent pas être inscrites auprès d'un bureau des marques et laissent au droit interne sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*) le soin de régler ces questions. Elles traitent, en outre, des questions d'opposabilité mais n'édicte pas de règles de priorité, qu'elles renvoient au droit interne sur les opérations garanties (notamment à la loi recommandée dans le *Guide*).

50. Les principales caractéristiques de ces meilleures pratiques sont les suivantes:

a) Une sûreté sur une marque pour laquelle une demande d'enregistrement a été déposée, ou qui a été enregistrée, devrait être inscriptible auprès du bureau national des marques;

b) Afin d'assurer la publicité d'une sûreté, il est recommandé que celle-ci soit inscrite auprès du bureau national des marques compétent ou dans tout registre commercial approprié, cette inscription devant être librement accessible au public, de préférence par des moyens électroniques;

c) L'octroi d'une sûreté sur une marque ne devrait pas opérer un transfert d'un droit de propriété quelconque sur la marque grevée et ne devrait pas conférer au créancier garanti le droit d'utiliser la marque;

d) La convention constitutive de sûreté devrait comporter des clauses claires, conformes au droit local, autorisant le renouvellement de la marque par le créancier garanti, si cela est nécessaire pour en maintenir l'enregistrement;

e) Les marques devraient être évaluées, aux fins de la constitution d'une sûreté, selon n'importe quelle modalité appropriée et autorisée par le droit local et

¹ Voir http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemid.

aucun système ni aucune méthode d'évaluation particuliers ne sont privilégiés ou recommandés;

f) L'inscription des sûretés grevant des marques au bureau local des marques devrait suffire pour les rendre opposables; de même, l'inscription d'une sûreté auprès de tout autre registre autorisé par le droit local, comme un registre commercial, devrait également suffire;

g) Si le droit local exige qu'une sûreté soit inscrite sur un registre autre que celui du bureau local des marques pour être opposable, par exemple sur un registre commercial, la double inscription de la sûreté ne devrait pas être interdite;

h) Les formalités d'inscription d'une sûreté et le montant des droits perçus, le cas échéant, devraient être réduits au minimum; un document indiquant: i) l'existence d'une sûreté, ii) les parties à l'opération, iii) la ou les marques grevées, identifiées par le numéro de la demande et/ou de l'enregistrement, iv) une brève description de la nature de la sûreté, et v) la date de prise d'effet de la sûreté, devrait suffire pour rendre une sûreté opposable;

i) Quelles qu'en soient les modalités, la réalisation d'une sûreté par saisie, après un jugement, une décision administrative ou un autre fait déclencheur, ne devrait pas être une procédure excessivement lourde;

j) Le bureau des marques compétent devrait enregistrer sans tarder tout jugement ou toute décision administrative ou autre défavorable et prendre les mesures administratives nécessaires; le dépôt d'une copie certifiée conforme du jugement ou de la décision devrait suffire;

k) Lorsque la réalisation est déclenchée par un moyen autre qu'un jugement ou une décision administrative, le droit local devrait prévoir un mécanisme simple permettant au titulaire de la sûreté de procéder à l'inscription, celle-ci devant être librement accessible au public, de préférence par des moyens électroniques;

l) Lorsque le propriétaire de la marque fait faillite ou ne peut, pour d'autres raisons, maintenir les marques faisant l'objet d'une sûreté, le titulaire de la sûreté (ou l'administrateur ou l'exécuteur testamentaire selon le cas) devrait être autorisé, en l'absence de dispositions contractuelles sur la question, à maintenir les marques, à condition que rien ne confère au créancier garanti le droit d'utiliser celles-ci; et

m) Le bureau ou l'organisme public compétent devrait procéder sans tarder à l'enregistrement du dépôt de la documentation faisant état de la levée de la sûreté, cette inscription devant être librement accessible au public, de préférence par des moyens électroniques.

51. Les recommandations a), b), f) et g) portant sur l'opposabilité d'une sûreté grevant une marque sont compatibles avec la loi recommandée dans le *Guide* étant donné qu'elles font la promotion des objectifs de sécurité et de transparence (voir al. f) de la recommandation 1).

52. La recommandation c), qui prévoit que la constitution d'une sûreté sur une marque n'entraîne pas de transfert de cette dernière ni ne confère au créancier garanti le droit de l'utiliser, est également compatible avec la loi recommandée dans le *Guide*. On notera que, selon la loi recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti a le droit, mais non l'obligation, de conserver un bien meuble incorporel grevé (il n'y a obligation que pour les biens meubles corporels; voir

recommandation 111). Si, en cas d'insolvabilité du propriétaire, ni le propriétaire, ni le représentant de l'insolvabilité, ni le créancier garanti ne prennent les mesures nécessaires pour préserver la marque grevée, celle-ci peut tout de même l'être en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple en vertu du principe de la "non-utilisation excusable" d'une marque).

53. La recommandation d) est aussi compatible avec la loi recommandée dans le *Guide* car elle prévoit une règle supplétive pour les droits des parties dans les limites du droit applicable. La recommandation e), qui souligne l'importance d'évaluer les marques, sans suggérer de système d'évaluation particulier, et la recommandation h), qui recommande l'inscription d'un avis, même pour ce qui est des registres de marques, sont également compatibles. Il convient de noter que la référence à la "date de prise d'effet de la sûreté" se rapporte au moment où la sûreté prend effet entre les parties et non à l'égard des tiers.

54. Les recommandations i), j) et k) sont également compatibles avec la loi recommandée dans le *Guide* car elles prévoient des mécanismes de réalisation efficaces, ainsi que l'enregistrement des jugements ou des décisions administratives de réalisation. Enfin, la recommandation m), qui est soumise à l'approbation des autorités publiques compétentes, est compatible avec la loi recommandée dans le *Guide* en ce qui concerne les procédures d'inscription efficaces.

Recommandation 244²

Incidence du transfert d'une propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription

La loi devrait prévoir que le transfert d'une propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière n'a pas d'incidence sur l'efficacité de l'inscription de cette sûreté. Le créancier garanti n'a donc pas besoin d'inscrire un avis de modification indiquant le nom du bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la seconde phrase de la recommandation 244 devrait être insérée dans le commentaire dans la mesure où elle traite des résultats de l'application de cette recommandation.]

² Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre IV sur le système de registre, en tant que recommandation 62 *bis*.

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.4 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide
législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux
sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle,
soumise au Groupe de travail VI (Sûretés)
à sa dix-septième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	1-49
A. Le concept de priorité	1-2
B. Identification des réclamants concurrents	3-4
C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs	5-6
D. Priorité des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles non inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle	7-8
E. Priorité des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle	9-11
F. Droits des personnes auxquelles est transférée une propriété intellectuelle grevée	12-15
G. Droits des preneurs de licence en général	16-20
H. Droits de certains preneurs de licence	21-40
I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence	41-46
J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire	47-48
K. Cession de rang	49
Recommandation 245	

V. **Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle**

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 49, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.4, par. 1 à 15, A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1 à 12, A/CN.9/685, par. 47 à 72, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, par. 43 à 55,

A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 1 à 23, A/CN.9/670, par. 73 à 95, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 33 à 61, A/CN.9/667, par. 86 à 103, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 1 à 25, et A/CN.9/649, par. 41 à 56.]

A. Le concept de priorité

1. Tel qu'employé dans le *Guide*, le concept de priorité d'une sûreté réelle mobilière à l'égard des réclamants concurrents renvoie à la question de savoir si un créancier garanti peut jouir des effets économiques de sa sûreté par préférence à un réclamant concurrent (voir le terme "priorité", Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l'interprétation; voir également le terme "réclamant concurrent", Introduction du projet de supplément, sect. C sur la terminologie, A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 22 et 23, ainsi que par. 3 à 5 ci-dessous). Il convient de noter aussi qu'un conflit entre deux personnes, dont aucune n'est un créancier garanti, n'est pas un conflit de priorité au sens de la loi recommandée dans le *Guide*.

2. Dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, en revanche, le concept de priorité des droits de propriété intellectuelle peut être lié à la notion de droits exclusifs, en particulier dans le cas des brevets et des marques. Dans la plupart des États, si une propriété intellectuelle est transférée une première fois par son propriétaire, un deuxième transfert réalisé par cette même personne n'emporte normalement pas transmission de droits au deuxième bénéficiaire (sauf si le premier ne se conforme pas aux conditions légales d'enregistrement ou si le deuxième est un acheteur de bonne foi; pour l'importance de la connaissance des transferts antérieurs, voir par. 5 et 6 ci-après). De même, si les deux bénéficiaires du transfert constituent une sûreté sur leurs droits de propriété intellectuelle, il n'y aurait pas conflit de priorité au sens de la loi recommandée dans le *Guide* étant donné que le deuxième bénéficiaire n'avait aucun droit de propriété intellectuelle susceptible d'être grevé d'une sûreté. En pareil cas, la question de la priorité au sens où ce terme est employé dans le *Guide* ne se pose pas. En conséquence, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'appliquerait pas et s'en remettrait au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle sur ce point, qui généralement règle ces questions en renvoyant au principe *nemo dat* et aux principes régissant l'acquisition de biens de bonne foi. En tout état de cause, il convient de noter que, selon la loi recommandée dans le *Guide*, une partie qui n'a pas de droits sur un bien, ni le pouvoir de le grever, ne peut constituer de sûreté sur ce bien (voir recommandation 13).

B. Identification des réclamants concurrents

3. Le *Guide* emploie le terme "réclamant concurrent" pour désigner un autre créancier garanti titulaire d'une sûreté sur le même bien (ainsi que le bénéficiaire d'un transfert réalisé à titre de garantie), le bénéficiaire d'un transfert pur et simple, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé, un créancier judiciaire ayant un droit sur le bien grevé ou un représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant (voir le terme "réclamant concurrent", Introduction du projet de supplément, sect. C sur la terminologie, A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 22 et 23). En particulier, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique aux conflits de priorité: a) entre deux sûretés réelles mobilières pour lesquelles un avis

est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 76, al. a)); b) entre une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés et une sûreté pour laquelle un document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir recommandation 77, al. a)); c) entre deux sûretés pour lesquelles un document ou un avis est inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié (voir recommandation 77, al. b)); d) entre les droits du bénéficiaire du transfert ou preneur de licence de la propriété intellectuelle et une sûreté grevant cette propriété intellectuelle pour laquelle un avis ou un document peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandation 78); e) entre les droits du bénéficiaire du transfert ou preneur de licence de la propriété intellectuelle et une sûreté grevant cette propriété intellectuelle pour laquelle aucun avis ou document ne peut être inscrit dans un registre de la propriété intellectuelle (voir recommandations 79 à 81); et f) entre deux sûretés, dont l'une est consentie par le constituant et l'autre par le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé (voir recommandations 31, 79 et 82). Ce dernier conflit est réglé de telle sorte que le bien transféré est soumis à la sûreté (voir recommandations 79 et 82) et que le créancier garanti du bénéficiaire du transfert n'acquiert pas plus de droits que n'en avait le bénéficiaire (voir recommandation 31).

4. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, on utilise, en lieu et place du terme "réclamant concurrent", la notion de "bénéficiaires de transfert concurrents", pour désigner les bénéficiaires de transfert et preneurs de licence qui se trouvent en concurrence entre eux. S'il n'y a pas de conflit avec une sûreté grevant la propriété intellectuelle (qui comprend le droit du bénéficiaire d'un transfert effectué à titre de garantie), la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas et la question est laissée au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. S'il y a un conflit avec une telle sûreté, la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec le droit de l'État adoptant contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)). Elle ne s'applique pas non plus à un conflit entre le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé qui a acquis ce bien auprès d'un créancier garanti réalisant sa sûreté et un autre créancier garanti qui a acquis par la suite un droit sur le même bien auprès du même constituant (qui n'avait plus aucun droit sur le bien grevé). Selon la loi recommandée dans le *Guide*, il ne s'agit pas d'un conflit de priorité. Il peut cependant s'agir d'un conflit réglé par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

C. Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

5. D'après la loi recommandée dans le *Guide*, la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'une sûreté antérieure n'entre généralement pas en ligne de compte pour déterminer la priorité (voir recommandation 93; toutefois, le fait de savoir qu'un transfert viole les droits d'un créancier garanti peut être pris en compte; voir recommandation 81, al. a)). Ainsi, une sûreté constituée postérieurement mais inscrite antérieurement a la priorité sur une sûreté constituée antérieurement mais inscrite postérieurement, même si le titulaire de la sûreté postérieure a connaissance de l'existence de la sûreté constituée antérieurement (voir recommandation 76, al. a)).

6. En revanche, dans de nombreux États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit qu'une sûreté ou un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le créancier ou le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. La primauté reconnue à ce droit dans l'alinéa b) de la recommandation 4 devrait préserver ces règles de priorité fondées sur le critère de "connaissance" dans la mesure où elles s'appliquent de façon spécifique aux sûretés sur des propriétés intellectuelles.

D. Priorité des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles non inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle

7. Comme mentionné précédemment, si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit, pour les sûretés sur des propriétés intellectuelles, des règles de priorité qui s'appliquent de façon spécifique à la propriété intellectuelle et que les règles de priorité de la loi recommandée dans le *Guide* s'en écartent, ces dernières ne s'appliquent pas (voir recommandation 4, al. b)). Elles s'appliquent, en revanche, en l'absence d'incompatibilité avec les règles de priorité spécifiques prévues par ce droit ou à défaut de telles règles spécifiques dans ce droit.

8. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, la priorité entre des sûretés réelles mobilières qui ont été consenties par le même constituant sur les mêmes biens et ont été rendues opposables par inscription au registre général des sûretés est déterminée par l'ordre d'inscription dans ce registre (voir recommandation 76, al. a)). Cette règle s'applique si un avis ou un document relatif à une sûreté ne peut pas être inscrit ou n'est pas inscrit dans un registre spécialisé. Si un tel avis ou document peut être inscrit dans un registre spécialisé et l'est effectivement, des règles différentes s'appliquent (voir recommandation 77 et par. 9 à 11 ci-dessous). De même, si une sûreté est consentie par un constituant différent (par exemple, le bénéficiaire d'un transfert effectué par le constituant initial), des règles différentes s'appliquent (voir recommandations 79 à 83 et par. 12 à 29 ci-dessous). Toutes ces règles s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles.

E. Priorité des sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle

9. Le *Guide* recommande qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé (voir recommandation 38) ait priorité sur une sûreté grevant le même bien rendue opposable par une autre méthode (voir recommandation 77, al. a)). Il recommande également qu'une sûreté sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ait priorité sur une sûreté inscrite postérieurement dans ce registre (voir recommandation 77, al. b)). Il recommande en outre que, si le bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si, au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, la sûreté sur ce bien a été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence soient soumis à la sûreté. Si cette sûreté n'a pas été inscrite dans un registre spécialisé,

le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence prennent le bien libre de la sûreté, même si un avis concernant la sûreté a été inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandation 78). Ces règles admettent certaines exceptions (voir par. 12 à 29 ci-dessous, ainsi que recommandations 79 à 81). Enfin, si les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé sont libres de la sûreté, toute personne qui par la suite acquiert auprès de lui des droits sur ce bien les acquiert aussi libres de la sûreté (voir recommandations 31 et 82).

10. Ces recommandations s'appliquent également aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles. Ainsi, en cas de conflit entre deux sûretés grevant une propriété intellectuelle, l'une faisant l'objet d'un avis inscrit dans le registre général des sûretés et l'autre faisant l'objet d'un document ou avis inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, la loi recommandée dans le *Guide* s'applique et donne priorité à la seconde (voir recommandation 77, al. a)). En cas de conflit entre des sûretés pour lesquelles un document ou un avis a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, celle qui est inscrite en premier a priorité, et la loi recommandée dans le *Guide* confirme ce résultat (voir recommandation 77, al. b)). En cas de conflit entre les droits du bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle et une sûreté pour laquelle, au moment du transfert, un document ou avis pouvait être inscrit et a été inscrit dans le registre de la propriété intellectuelle approprié, le bénéficiaire prendrait cette propriété intellectuelle soumise à la sûreté. En revanche, si une sûreté sur la propriété intellectuelle peut être inscrite mais ne l'est pas, le bénéficiaire du transfert ou le preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée prend cette dernière libre de la sûreté, même si celle-ci a été inscrite dans le registre général des sûretés (voir recommandation 78). Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit dans ce cas qu'un créancier garanti serait prioritaire si le bénéficiaire du transfert n'est pas un acquéreur de bonne foi. Suivant la recommandation 4, alinéa b), la loi recommandée dans le *Guide* s'effacerait devant cette règle si elle s'applique de façon spécifique à la propriété intellectuelle. Enfin, un créancier garanti du bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle prend la propriété intellectuelle soumise à la sûreté de l'auteur du transfert (voir recommandations 31 et 82).

11. Par exemple, si A constitue une sûreté sur un brevet en faveur de B, qui inscrit un avis relatif à cette sûreté au registre général des sûretés, et qu'ensuite A transfère la propriété du brevet à C, qui inscrit un document ou avis relatif au transfert au registre des brevets, selon la recommandation 78 du *Guide*, C prendrait le brevet libre de la sûreté de B. Si A, au lieu de procéder à un transfert, constitue une deuxième sûreté en faveur de C et si ce dernier procède à une inscription de la sûreté au registre des brevets, selon la recommandation 77, alinéa a) du *Guide*, c'est C qui primerait. Dans l'un et l'autre cas, comme l'inscription d'un avis ou document au registre des brevets confère des droits supérieurs, selon la loi recommandée dans le *Guide*, les tiers effectuant des recherches pourraient se contenter de consulter ce registre et n'auraient pas besoin d'examiner le registre général des sûretés. Dans tous ces exemples, la qualité de bénéficiaire du transfert et les conditions auxquelles doit satisfaire le transfert sont déterminées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Il convient de noter également que l'inscription au registre de la propriété intellectuelle ne viserait normalement qu'une sûreté grevant une propriété intellectuelle. Elle ne viserait pas

une sûreté sur un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle.

F. Droits des personnes auxquelles est transférée une propriété intellectuelle grevée

12. Dans la loi recommandée par le *Guide*, le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé (y compris une propriété intellectuelle) prend normalement ce bien soumis à une sûreté qui était opposable au moment du transfert. Cette règle admet deux exceptions (recommandation 79): premièrement, lorsque le créancier garanti autorise la vente ou un autre acte de disposition du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. a)) et, deuxièmement, en cas de transfert dans le cours normal des affaires du vendeur lorsque l'acheteur ne sait pas que la vente ou un autre acte de disposition viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 81, al. a)). Si une sûreté peut être inscrite (qu'elle le soit ou non) dans un registre de la propriété intellectuelle, comme il a déjà été indiqué (voir par. 9 à 11 ci-dessus), une règle différente s'applique (voir recommandation 78).

13. La recommandation 79 s'applique également aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles qui ne peuvent pas être inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle et la recommandation 78 s'applique aux sûretés sur des propriétés intellectuelles qui peuvent être inscrites (qu'elles le soient ou non) dans un tel registre. Par conséquent, si un avis est inscrit dans le registre général des sûretés, le bénéficiaire du transfert ou le preneur de licence d'une propriété intellectuelle prendra cette dernière soumise à la sûreté, sauf si l'une des exceptions énoncées dans les recommandations 80 à 82 s'applique (pour la recommandation 81, al. c), voir par. 21 à 29). Ces recommandations ne s'appliquent pas, en vertu de la recommandation 4, alinéa b), si elles sont incompatibles avec les règles de priorité du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui s'appliquent spécifiquement à la propriété intellectuelle.

14. L'analyse ci-dessus concerne un conflit de priorité entre une sûreté réelle mobilière et les droits du bénéficiaire d'un transfert ultérieur. La situation est différente lorsqu'une propriété intellectuelle est transférée avant la constitution d'une sûreté, car aucun conflit de priorité ne survient ici au sens de la loi recommandée dans le *Guide*. En pareil cas, par application du principe *nemo dat*, le créancier garanti n'aura aucune sûreté. Comme il a été noté, le *Guide* n'a pas d'incidence sur l'application de ce principe. Au contraire, ce principe est reflété dans la règle générale de la loi recommandée par le *Guide*, selon laquelle un constituant peut créer une sûreté sur un bien uniquement s'il a des droits sur ce bien ou s'il a le pouvoir de grever ce bien (voir recommandation 13). Cette règle s'effacerait toutefois devant une règle du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle donnant la priorité à un créancier garanti qui a pris une sûreté sur une propriété intellectuelle sans avoir eu connaissance d'un transfert antérieur de la propriété intellectuelle par le constituant (voir recommandation 4, al. b)).

15. Il est également important de noter, comme cela a déjà été indiqué (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 23 à 25, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 40 et 41), que selon le *Guide*, la concession d'une licence de propriété intellectuelle ne

constitue pas un transfert de la propriété intellectuelle mise sous licence. Par conséquent, les règles de la loi recommandée dans le *Guide* qui gouvernent les transferts de biens grevés ne s'appliquent pas aux licences. Toutefois, la loi recommandée dans le *Guide* donnerait préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle qui traite certaines licences (en particulier les licences exclusives) comme des transferts (voir recommandation 4, al. b)).

G. Droits des preneurs de licence en général

16. Les propriétés intellectuelles sont généralement mises sous licence. Dans ce cas, le donneur de licence peut utiliser les droits qu'il se réserve, comme le droit de propriété, les droits attachés au droit de propriété et les droits découlant d'un accord de licence (comme le droit d'octroyer d'autres licences ou d'obtenir paiement de redevances), pour garantir un crédit. De même, le preneur de licence peut affecter en garantie d'un crédit son autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle ou son droit d'octroyer des sous-licences et d'obtenir paiement de redevances (dans les deux cas en conformité avec l'accord de licence) (en ce qui concerne les types de biens grevés dans le contexte de la propriété intellectuelle, voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 13 à 36).

17. Généralement, en vertu du droit des opérations garanties, y compris la loi recommandée dans le *Guide*, un créancier garanti ne devient pas propriétaire du bien grevé, sauf si, en cas de défaillance, il réalise sa sûreté et acquiert le bien lors d'une vente en réalisation ou à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 28 à 30, A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, par. 10 à 12, et A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 16, 17 et 21). La question de savoir si le propriétaire d'une propriété intellectuelle qui a grevé celle-ci d'une sûreté reste propriétaire et peut, par exemple, concéder une licence relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Selon les principes généraux de ce droit (auxquels la loi recommandée dans le *Guide* se conforme), il ne peut pas octroyer de licence si le créancier garanti devient propriétaire (ou peut exercer les droits d'un propriétaire) de la propriété intellectuelle grevée avec le pouvoir d'octroyer des licences pendant qu'existe la sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 1). Dans ce cas, une licence octroyée par le propriétaire initial serait une licence non autorisée au regard du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et le preneur de licence ou son créancier garanti n'obtiendrait rien conformément au principe *nemo dat*.

18. Si le propriétaire, après avoir constitué une sûreté sur sa propriété intellectuelle, conserve la qualité de propriétaire, mais a conclu avec le créancier garanti un accord qui limite sa capacité à concéder des licences (pour autant qu'un tel accord soit autorisé par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle), il peut théoriquement octroyer une licence, mais l'octroi d'une telle licence en violation de son accord avec le créancier garanti serait un cas de défaillance. Le créancier garanti pourrait alors réaliser sa sûreté et, exerçant les droits du propriétaire, vendre la propriété intellectuelle mise sous licence ou octroyer une autre licence libre de la licence préexistante (et de toute sûreté octroyée par le preneur de licence) puisque ce preneur de licence aurait normalement pris sa licence soumise à la sûreté du créancier garanti du propriétaire (voir recommandations 79 et 161 à 163). Ce dernier pourrait aussi réaliser sa sûreté

en cas de défaillance en demandant à recevoir les redevances que le preneur de licence doit au propriétaire en sa qualité de donneur de licence. Si le bien grevé est formé par les droits de propriété intellectuelle du propriétaire, le créancier garanti peut recouvrer les redevances comme produit du bien grevé (voir recommandations 19, 39, 40, 100 et 168). Si le bien grevé est le droit qu'a le propriétaire, en tant que donneur de licence, de recevoir paiement de redevances, le créancier garanti peut recouvrer les redevances comme bien initialement grevé. Dans les deux cas, le créancier garanti peut recouvrer les redevances même avant la défaillance, mais uniquement s'il existe un accord à cet effet entre le propriétaire et lui (voir recommandation 168). En tout état de cause, si le preneur de licence a pris la propriété intellectuelle mise sous licence libre de la sûreté consentie par le propriétaire sur la propriété intellectuelle, il pourrait conserver sa licence et le créancier garanti pourrait uniquement demander à recevoir les redevances que le preneur doit au propriétaire (voir recommandations 80, al. b), et 245).

19. Si le preneur de licence constitue également une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence (par exemple, l'autorisation d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence), cette sûreté grèverait un bien différent (et non les droits du propriétaire). Si la sûreté constituée par le preneur de licence grevait le même bien, elle serait soumise à la sûreté constituée par le propriétaire (et rendue opposable). La raison en est que le preneur aurait acquis ses droits soumis à la sûreté constituée par le propriétaire (voir recommandation 79) et qu'il n'aurait pu donner à son créancier garanti plus de droits qu'il n'en avait (conformément au principe *nemo dat*). Ainsi, si le créancier garanti du propriétaire réalisait sa sûreté et disposait de la propriété intellectuelle libre de la licence, cette dernière prendrait fin par cet acte de disposition et le bien grevé du preneur de licence cesserait d'exister. De même, que le propriétaire ait accordé ou non une sûreté à l'un de ses créanciers, si le preneur n'exécute pas l'accord de licence, le propriétaire, en sa qualité de donneur de licence, peut y mettre fin dans les limites autorisées par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et le créancier garanti du preneur serait, là encore, dépourvu de sûreté.

20. Comme il a déjà été mentionné (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42, par. 23 à 25, A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 40 et 41 et par. 15 ci-dessus), la loi sur les opérations garanties serait sans incidence sur les droits du donneur et du preneur de licence découlant de l'accord de licence et du droit applicable contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Ainsi, si le preneur n'exécutait pas l'accord de licence, le donneur pourrait exercer tout droit existant pour y mettre fin et le créancier garanti du preneur serait, là encore, dépourvu de sûreté. La loi sur les opérations garanties ne s'appliquerait pas non plus à un accord entre le donneur et le preneur de licence par lequel ce dernier se voit interdire d'octroyer des sous-licences ou cède au donneur ses droits au paiement des redevances que les preneurs de sous-licence lui doivent en tant que donneur de sous-licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 26 à 28).

H. Droits de certains preneurs de licence

21. Comme il a déjà été indiqué (voir par. 12 ci-dessus), la règle qui veut que le preneur d'une licence de propriété intellectuelle grevée prenne la licence soumise à une sûreté antérieure admet deux exceptions (voir recommandation 79).

22. La première exception survient lorsque le créancier garanti autorise la mise sous licence libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. b)). Ainsi, selon la loi recommandée dans le *Guide*, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti pourrait percevoir les redevances que le preneur doit au constituant en tant que donneur de la licence, mais non vendre la propriété intellectuelle mise sous licence libre des droits du preneur existant, ni octroyer une autre licence ayant pour effet de mettre fin aux droits du preneur existant, tant que ce dernier exécute l'accord de licence.

23. La deuxième exception au principe énoncé dans la recommandation 79 est qu'une personne, qui s'est vu octroyer une licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur sans savoir que cette licence violait les droits du créancier garanti sur la propriété intellectuelle mise sous licence, prend ses droits découlant de l'accord de licence libres d'une sûreté consentie antérieurement par le donneur (voir recommandation 81, al. c) qui s'applique aux biens meubles incorporels d'une manière générale). Il s'ensuit que, si le créancier garanti du donneur réalise la sûreté grevant la propriété intellectuelle mise sous licence conformément aux règles de réalisation de la loi recommandée dans le *Guide*, il pourrait percevoir les redevances que le preneur doit au donneur mais non vendre la propriété intellectuelle mise sous licence libre des droits du preneur existant ni octroyer une autre licence ayant pour effet de mettre fin aux droits du preneur existant, tant que ce dernier exécute l'accord de licence. Cette règle est destinée à protéger les opérations légitimes quotidiennes, comme l'achat dans le commerce de logiciels protégés par le droit d'auteur avec des accords de licence d'utilisateur final, en limitant les moyens de réalisation d'un créancier garanti prévus par les règles de réalisation de la loi recommandée dans le *Guide*. Dans ces opérations, cette protection vise à éviter aux acquéreurs d'avoir à faire des recherches dans un registre, ou à acquérir le logiciel protégé par le droit d'auteur soumis aux sûretés constituées par son concepteur ou ses distributeurs.

24. L'alinéa c) de la recommandation 81 se fonde sur l'hypothèse que le constituant reste propriétaire de la propriété intellectuelle grevée. Il ne s'applique donc pas si, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, le constituant n'est plus autorisé à octroyer une licence parce qu'il a transféré ses droits de propriétaire au créancier garanti. En outre, cet alinéa ne modifie en rien la relation entre le donneur et le preneur de licence et ne signifie pas que ce dernier obtiendrait une licence libre des clauses et conditions de l'accord de licence et des dispositions du droit qui s'y appliquent (et il n'a pas d'incidence non plus sur les restrictions imposées dans l'accord de licence quant à la possibilité pour le preneur de conclure des accords de sous-licence). Enfin, ni cette recommandation, ni le *Guide* dans son ensemble ne font obstacle à l'application, dans les rapports entre le créancier garanti et le constituant/donneur de licence (ou entre le donneur et son preneur), des dispositions exigeant du constituant/donneur qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie dans le cours normal de ses affaires une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti du donneur réalise sa sûreté.

25. Le créancier garanti peut décider de ne pas accorder de crédit avant d'avoir pu examiner et approuver les conditions des accords de sous-licence. Il peut, par exemple, souhaiter s'assurer que les redevances attendues sont payées d'avance, qu'une résiliation est possible en cas de non-paiement des redevances et que la

cession des redevances de sous-licence est interdite. En outre, si le créancier garanti du donneur de licence ne veut pas encourager les licences non exclusives, il peut, dans la convention constitutive de sûreté (ou ailleurs), exiger du constituant (le donneur) qu'il insère dans toutes les licences non exclusives qu'il octroie une clause stipulant qu'elles prendront fin si le créancier garanti réalise sa sûreté. De même, si le donneur ne veut pas que le preneur de la licence octroie des sous-licences, il peut prévoir dans l'accord de licence une clause stipulant qu'un tel octroi constitue un manquement à l'accord de licence qui lui donnerait le droit de mettre fin à la licence. Aucune disposition du *Guide* n'empêcherait l'application de ces clauses dans les relations entre le créancier garanti et son emprunteur (ou entre le donneur et le preneur de licence). Normalement, le créancier garanti n'aura aucun intérêt à agir ainsi puisque l'activité du donneur (et des preneurs) est d'octroyer des licences non exclusives et que le créancier garanti s'attend à ce que le constituant se serve des redevances versées au titre de ces accords de licence pour payer l'obligation garantie.

26. Il ressort de la discussion précédente qu'un certain nombre de raisons font que le champ d'application de l'alinéa c) de la recommandation 81 est très limité. Premièrement, les créanciers garantis n'ont souvent pas intérêt à limiter la capacité d'un propriétaire/constituant à octroyer des licences sur sa propriété intellectuelle et à recevoir des redevances. En effet, dans beaucoup de cas, un créancier garanti a tout intérêt à autoriser la mise sous licence afin que le propriétaire/constituant puisse rembourser l'obligation garantie. Deuxièmement, du fait de sa formulation, l'alinéa c) ne s'applique qu'en cas de licence non exclusive, qui permet l'achat légitime direct dans le commerce de licences de logiciels protégés par le droit d'auteur utilisées en rapport avec du matériel et uniquement lorsque le preneur de la licence ignore que celle-ci viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Ce type de licence peut être décrit sans faire référence au concept de "cours normal des affaires" (voir recommandation 245 ci-après).

27. En outre, l'application de l'alinéa c) n'a que des effets très limités. L'efficacité, la priorité et le caractère réalisable de la sûreté face aux réclamants concurrents (autres que le preneur de licence concerné) selon le droit des opérations garanties ne sont pas affectés. Dans le même temps, l'alinéa est sans incidence sur les autres droits éventuellement conférés au créancier garanti par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (par exemple, les droits d'un propriétaire). L'étendue de ces droits ou voies de droit relève du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

28. Toutefois, le concept de "cours normal des affaires" est rarement utilisé en droit de la propriété intellectuelle et peut être source de confusion dans le contexte du financement garanti par une propriété intellectuelle. De nombreux États appliquent une autre règle, selon laquelle un preneur de licence d'une propriété intellectuelle grevée prend la licence soumise à la sûreté constituée par le donneur de licence, à moins que le créancier garanti (auquel le constituant a donné le droit d'autoriser des licences) n'ait autorisé l'octroi de la licence libre de la sûreté. Lorsqu'un État possède une telle règle, l'alinéa c) de la recommandation 81 ne s'appliquerait pas (voir recommandation 4, al. b)). En conséquence, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé le constituant à octroyer des licences libres de la sûreté (ce qui se produit généralement car le constituant se sert des redevances qu'il perçoit pour payer l'obligation garantie), le preneur de licence prendrait la licence soumise à la sûreté. Ainsi, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti serait en mesure de

réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence et de la vendre ou de la mettre sous licence libre de la licence existante. En outre, la sûreté obtenue par une personne auprès du preneur de licence ne sera pas efficace puisque ce dernier aura reçu une licence non autorisée et n'aura aucun droit à grever.

29. Si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle n'aborde pas du tout cette question ou la traite de la même manière qu'à l'alinéa c) de la recommandation 81, ce dernier s'appliquera dans les quelques cas et avec l'effet limité décrits ci-dessus (voir recommandation 4, al. b)).

30. Toutefois, pour éviter toute incohérence possible entre la loi recommandée dans le *Guide* et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, une approche différente pourrait être adoptée (voir recommandation 245 ci-dessous) afin que la loi recommandée dans le *Guide* soit sans incidence sur: a) l'efficacité d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle mise sous licence, sa priorité par rapport à un réclamant concurrent autre qu'un preneur de licence non exclusive ou les moyens de réalisation du créancier garanti qui ne portent pas atteinte aux droits du preneur; b) le droit que le donneur peut avoir de mettre fin à la licence pour non-respect de l'accord de licence par le preneur; ou c) les droits que possède le créancier garanti en tant que propriétaire selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

31. Il convient de noter que: a) selon cette approche, le preneur de licence peut accepter par convention, dans l'accord de licence ou autrement, qu'il soit dérogé à ses droits à l'encontre d'un créancier garanti du donneur de licence (voir recommandation 10); et b) comme toute autre approche recommandée dans le *Guide* en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles, cette approche serait également soumise à l'alinéa b) de la recommandation 4. Il convient également de noter que: a) les références dans le *Guide* et dans le projet de supplément à une sûreté réelle mobilière dans un contexte de priorité renvoient à une sûreté opposable (autrement il ne peut y avoir conflit de priorité en vertu du *Guide*); b) les références dans le *Guide* et dans le projet de supplément à une licence de propriété intellectuelle renvoient à une licence accordée par une personne qui est autorisée à octroyer une licence sur cette propriété intellectuelle en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

32. Les exemples suivants visent à clarifier les situations auxquelles cette approche s'appliquerait et l'effet de son application. Dans chaque exemple, on suppose que: a) O est propriétaire de la propriété intellectuelle; b) O constitue une sûreté sur la propriété intellectuelle en faveur du créancier garanti SC; c) la sûreté de O est opposable, conformément aux recommandations du *Guide* ou, lorsque la loi recommandée dans le *Guide* ne s'applique pas du fait de l'alinéa b) de la recommandation 4, conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle; d) SC n'a pas consenti, dans la convention constitutive de sûreté ou autrement, à ce qu'un preneur de licence sur la propriété intellectuelle de O jouisse de ses droits libres de sa sûreté; et e) l'opération satisfait à chaque disposition de la recommandation 245.

33. Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O, dont l'activité est d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle à des conditions pour l'essentiel identiques à toute personne acceptant de s'y conformer, propose d'octroyer une licence sur la propriété

intellectuelle au preneur L. Ce dernier conclut un accord de licence avec O à ces conditions. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle est protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté parce que la licence et l'opération répondent à chaque disposition de la recommandation 245. Toutefois, SC dispose encore des droits que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et le droit des contrats lui confèrent éventuellement à l'encontre de L.

34. Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O octroie une licence sur la propriété intellectuelle à L. L'accord de licence prévoit que ce dernier peut uniquement octroyer des sous-licences sur la propriété intellectuelle pour des marchés éducatifs. L octroie une sous-licence pour un marché commercial au preneur de sous-licence S. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Si, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la sous-licence octroyée à S n'est pas autorisée, le droit qu'a ce dernier d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté (et, puisque dans l'accord de licence, les droits et obligations vont de pair, L n'est plus lié par les obligations contenues dans l'accord de licence).

35. Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O octroie une licence sur la propriété intellectuelle à L. L'accord de licence prévoit que ce dernier a des droits exclusifs d'utiliser la propriété intellectuelle dans l'État Z. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence est exclusive.

36. Une fois que SC a pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, O, qui a pour activité d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle à des conditions pour l'essentiel identiques à toute personne acceptant de s'y conformer, propose d'octroyer une licence sur la propriété intellectuelle à L à ces conditions. L refuse de conclure un accord de licence avec O à ces conditions. O octroie donc une licence sur la propriété intellectuelle à L en lui accordant davantage de droits sur la propriété intellectuelle que dans les licences qu'il propose généralement à d'autres. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence n'a pas été octroyée à des conditions identiques à celles qui régissent les autres licences sur la même propriété intellectuelle.

37. Avant que O et L ne concluent l'accord de licence, L découvre l'avis inscrit pour rendre la sûreté de SC opposable et demande, en conséquence, à voir une copie de la convention constitutive de sûreté auquel l'avis se rapporte. O fournit la convention à L. En la lisant, L découvre que la licence violerait les droits de SC, mais conclut néanmoins l'accord de licence avec O. Ce dernier n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la

recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté parce que L savait que l'accord de licence violerait les droits de SC.

38. En revanche, si O ne fournit pas de copie de la convention constitutive de sûreté à L et ce dernier, en conséquence, ne sait pas que la licence violerait les droits de SC, le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle est protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté, car la licence et l'opération satisfont à chaque disposition de ladite recommandation.

39. Une fois que SC a pris des mesures pour rendre sa sûreté opposable, O propose de concéder des licences sur la propriété intellectuelle mais uniquement aux parties qui ont déjà utilisé ce type de propriété intellectuelle. O octroie une licence à L, qui possède cette expérience. O n'exécute pas l'obligation garantie par la sûreté et SC prend des mesures pour réaliser sa sûreté. Le droit qu'a L d'utiliser la propriété intellectuelle n'est pas protégé par la recommandation 245 contre la réalisation par SC de sa sûreté parce que O n'a pas proposé la licence à des conditions identiques à toute personne consentant à exécuter les obligations du preneur énoncées dans l'accord de licence conformément à ces conditions.

40. Une fois que SC a inscrit sa sûreté, O octroie une licence non exclusive à une communauté de brevets. Cette dernière octroiera une licence non exclusive à toute personne intéressée. SC réalise sa sûreté sur la propriété intellectuelle. La réalisation ne met pas fin à la licence, car elle-même et l'opération sont conformes à chaque disposition de la recommandation 245.

I. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle octroyée par un donneur de licence sur une sûreté réelle mobilière octroyée par un preneur de licence

41. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, sauf exceptions limitées (voir recommandations 80, al. b) et c), et 245), un preneur de licence acquiert ses droits soumis à une sûreté consentie par le donneur de licence sur ses droits (voir recommandation 79). Comme il a déjà été expliqué (voir par. 22 et 23 ci-dessus), cela signifie que, en cas de défaillance, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté et vendre ou mettre sous licence les droits du constituant sur la propriété intellectuelle. Si le preneur de licence accorde une sûreté sur ses droits en tant que donneur de sous-licence à l'encontre du preneur de sous-licence, aucun conflit de priorité ne survient en vertu de la loi recommandée dans le *Guide* entre les deux sûretés car les biens grevés sont différents. Le créancier garanti du donneur de licence a une sûreté sur le droit du donneur de licence à percevoir les redevances qui lui sont dues par le preneur en vertu de l'accord de licence, tandis que le créancier garanti du preneur de licence a une sûreté sur toutes les redevances pouvant être dues au preneur (en tant que donneur de sous-licence) au titre d'un accord de sous-licence.

42. Une sûreté constituée par un preneur de licence en tant que donneur de sous-licence sur des redevances de sous-licence peut toutefois avoir une incidence sur la capacité du preneur de licence à payer des redevances au donneur de licence si le premier ne s'acquitte pas de ses obligations à l'égard de son créancier garanti, dans la mesure où celui-ci cherchera peut-être à percevoir lui-même les redevances de sous-licence. En outre, si le preneur de licence, en paiement des redevances qu'il doit au donneur, cède à ce dernier le droit au paiement d'un pourcentage des

redevances de sous-licence qu'il obtiendra comme donneur de sous-licence de la part des preneurs de sous-licence, un conflit de priorité risque de survenir entre un créancier garanti du donneur de licence et un créancier garanti du preneur de licence en vertu de la loi recommandée dans le *Guide*. En pareil cas, si la cession des redevances de sous-licence intervient avant qu'une licence ne soit octroyée et qu'une sûreté est constituée et rendue opposable par le preneur de licence, ce dernier ne possède pas de droit sur ces redevances au moment où il constitue la sûreté et son créancier garanti prend donc sa sûreté grevant ces redevances soumise à la sûreté du créancier garanti du donneur de licence. Si, en revanche, la cession intervient une fois la licence octroyée et qu'une sûreté est constituée et rendue opposable par le preneur sur toutes ses redevances futures, le donneur de licence prend la cession soumise à la sûreté du créancier garanti du preneur et le créancier garanti du donneur prend donc également sa sûreté soumise à la sûreté du créancier garanti du preneur (voir recommandations 13 et 31).

43. L'exemple suivant permettra peut-être de faire comprendre le problème. A constitue une sûreté sur l'ensemble de ses biens ou redevances futurs au profit du créancier garanti SC1. Il obtient ensuite une licence de propriété intellectuelle auprès du donneur B et, en paiement des redevances qu'il doit à ce dernier, lui cède le droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence qui lui sont payables en tant que donneur de sous-licence. Le donneur de licence B constitue et rend opposable une sûreté sur ces redevances en faveur du créancier garanti SC2. Le créancier garanti SC1 du preneur A prévautra puisque le donneur B a obtenu la cession des redevances de sous-licence soumise à la sûreté du créancier garanti SC1 et que le créancier garanti SC2 ne peut avoir plus de droits que le donneur B.

44. À cet égard, il convient de noter que le donneur de licence dispose, en vertu de la loi recommandée dans le *Guide*, de nombreux moyens pour se protéger dans une telle situation. Il peut, par exemple, protéger ses droits: a) en faisant en sorte que son créancier garanti inscrive en premier un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés; b) en faisant en sorte que son créancier garanti inscrive un avis ou un document dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; c) en demandant au créancier garanti du preneur de licence qu'il conclue un accord de cession de rang avec son propre créancier garanti avant d'octroyer une licence; d) en interdisant au preneur d'octroyer une sûreté sur son droit au paiement de redevances de sous-licence; e) en mettant fin à la licence lorsque le preneur a constitué une sûreté sur ses redevances de sous-licence en violation d'une telle interdiction; ou f) avant que le preneur de licence en tant que donneur de sous-licence consente une sûreté à son créancier garanti, en constituant une sûreté sur son droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence dues au preneur de licence en tant que donneur de sous-licence et en convenant que tout preneur de sous-licence versera directement ses redevances de sous-licence sur le compte du donneur de licence. Le *Guide* est sans incidence sur les accords de ce type conclus entre le donneur et le preneur de licence, s'ils ont effet en vertu du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et du droit des contrats. En outre, le donneur de licence pourrait exiger du preneur qu'il lui accorde une sûreté sur son droit au paiement des redevances de sous-licence et prendre en tant que créancier garanti les mesures qui viennent d'être susmentionnées.

45. Ces dispositions ne peuvent toutefois protéger le donneur que dans une certaine mesure car, par exemple, les droits sur la propriété intellectuelle grevée ne sont pas nécessairement soumis à enregistrement dans un registre de la propriété intellectuelle ou il peut ne pas être possible commercialement, pour le donneur, d'interdire l'octroi de sous-licences, de mettre fin à l'accord de licence ou d'obtenir un accord de cession de rang. En outre, la priorité d'une sûreté constituée par le donneur sur une autre sûreté constituée par le preneur de licence sur son droit au paiement des redevances de sous-licence serait soumise aux règles générales expliquées précédemment (voir par. 41).

46. Il convient de noter qu'un créancier garanti qui finance l'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle ou d'une licence de propriété intellectuelle peut bénéficier de la priorité spéciale d'un créancier garanti finançant l'acquisition. Toutefois, cette priorité ne vaudra qu'en cas de conflit de priorité entre des sûretés constituées par le même constituant sur le même bien. Elle ne s'applique donc pas à un conflit de priorité entre une sûreté constituée par un donneur de licence et une sûreté constituée par un preneur de licence.

J. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle sur le droit d'un créancier judiciaire

47. Le *Guide* recommande qu'une sûreté qui a été rendue opposable avant qu'un créancier judiciaire n'ait obtenu des droits sur le bien grevé ait priorité sur le droit de ce créancier. En revanche, si un créancier chirographaire a obtenu un jugement à l'encontre du constituant et a pris les mesures nécessaires en vertu du droit régissant l'exécution des jugements pour acquérir des droits sur les biens grevés avant que la sûreté ne soit devenue opposable, le droit du créancier judiciaire est prioritaire (voir recommandation 84).

48. Cette recommandation s'applique également aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles (sous réserve du principe énoncé à la recommandation 4, al. b)). Dans ce cas, il se peut que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle prévoit que le créancier judiciaire doit obtenir un transfert de la propriété intellectuelle et inscrire un document ou avis y relatif dans un registre de la propriété intellectuelle pour obtenir priorité. Si ce transfert intervient avant qu'une sûreté n'ait été rendue opposable, conformément tant à la loi recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 13) qu'au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (*nemo dat*), le bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée prendra ladite propriété libre de la sûreté.

K. Cession de rang

49. La loi recommandée dans le *Guide* reconnaît le principe de la cession de rang (voir recommandation 94), qui veut pour l'essentiel que les réclamants concurrents puissent modifier par convention l'ordre de priorité de leurs droits concurrents sur un bien grevé à condition que les droits des tiers ne soient pas affectés. Ce principe s'applique également aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles.

Recommandation 245¹

Priorité des droits de certains preneurs de licence de propriété intellectuelle

La loi devrait prévoir que la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle mise sous licence, lorsque cette sûreté a été constituée avant l'octroi de la licence, n'a pas d'incidence sur les droits d'un utilisateur final preneur de la licence dans le cadre de l'accord de licence, pour autant que les conditions suivantes soient respectées:

- a) La licence n'est pas exclusive;
- b) La licence porte sur [un logiciel protégé par le droit d'auteur ou breveté] [l'un des droits exclusifs liés à un logiciel protégé par le droit d'auteur];
- c) Au moment de la conclusion de l'accord de licence:
 - i) L'activité du donneur est généralement d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle, sous des conditions pour l'essentiel identiques, à toute personne consentant à les respecter, et l'accord de licence est conclu à ces conditions; et
 - ii) Le preneur de licence ne sait pas que la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté; et
- d) La propriété intellectuelle mise sous licence et les droits et obligations découlant de l'accord de licence ne sont pas personnalisés pour le preneur.

¹ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait dans le chapitre sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière en tant que recommandation 81 *bis*. Comme elle porte sur un bien particulier, elle remplacerait l'alinéa c) de la recommandation générale 81, dans la mesure où elle s'applique aux licences de propriété intellectuelle.

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide
législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux
sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle,
soumise au Groupe de travail VI (Sûretés)
à sa dix-septième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
VI. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté portant sur une propriété intellectuelle	1-5
A. Application du principe de l'autonomie des parties	1
B. Préservation de la propriété intellectuelle grevée	2-5
Recommandation 246	
VII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles	6-7
VIII. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	8-32
A. Recouvrements entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle	8-11
B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur différents types de propriété intellectuelle	12-13
C. Prise de "possession" des documents nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	14-15
D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée	16-17
E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée	18-20
F. Proposition du créancier garanti d'acquérir la propriété intellectuelle grevée	21
G. Recouvrement des redevances et droits de licence	22
H. Autres droits contractuels du donneur de licence	23
I. Réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle	24-27
J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence	28-32
IX. Financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle	33-58
A. Introduction	33-34
B. Approche unitaire	35-54

C. Approche non unitaire	55-58
Recommandations 247 à 252	

VI. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté portant sur une propriété intellectuelle

[*Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 5, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 1 à 5, A/CN.9/685, par. 73 à 75, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 19 à 22, A/CN.9/670, par. 96 à 103, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 62 et 63, A/CN.9/667, par. 104 à 108, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 26 à 30, et A/CN.9/649, par. 57 à 59.*]

A. Application du principe de l'autonomie des parties

1. À quelques exceptions près, la loi recommandée dans le *Guide* reconnaît généralement aux parties à la convention constitutive de sûreté la liberté d'adapter cette dernière à leurs besoins pratiques (voir recommandation 10). Le principe de l'autonomie des parties s'applique également aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, sous réserve des limites qui pourraient être expressément prévues par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)). Par exemple, sauf disposition contraire de ce dernier, un propriétaire/constituant et son créancier garanti peuvent convenir que: a) le second peut exercer certains droits du premier (comme de traiter avec les autorités et de renouveler l'enregistrement, ou de poursuivre les auteurs d'atteintes; voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.1, par. 23); b) le propriétaire/constituant ne peut pas octroyer de licences (en particulier exclusives) sans le consentement du créancier garanti; ou c) le créancier garanti peut recouvrer les redevances dues au propriétaire/constituant en tant que donneur de licence même avant la défaillance du constituant.

B. Préservation de la propriété intellectuelle grevée

2. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, la partie en possession d'un bien grevé doit prendre des mesures raisonnables pour le conserver (voir recommandation 111). Des règles similaires s'appliquent à une propriété intellectuelle. Par exemple, le constituant a l'obligation de traiter avec les autorités, de poursuivre les auteurs d'atteintes et de renouveler les enregistrements. Dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait aux brevets interdit au propriétaire/constituant de révoquer ou de limiter le brevet grevé sans le consentement du créancier garanti.

3. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti est également libre de convenir avec le propriétaire/constituant qu'il sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée en traitant avec les

autorités, en poursuivant les auteurs d'atteintes ou en renouvelant les enregistrements, même avant défaillance (voir recommandation 10), sous réserve que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise pas (voir recommandation 4, al. b)). Si le propriétaire/constituant n'exerçait pas ces droits en temps voulu, la propriété intellectuelle grevée pourrait perdre sa valeur, résultat qui risquerait d'avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit. Cette approche ne porterait pas atteinte aux droits du propriétaire/constituant étant donné que son consentement serait nécessaire. De même, elle n'interférerait pas avec le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle puisqu'une telle convention serait nulle et non avenue si elle était conclue en violation de ce droit. Les États adoptant les recommandations du *Guide* souhaiteront peut-être examiner leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle pour déterminer si de telles conventions devraient être autorisées, étant donné qu'elles pourraient faciliter l'utilisation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

4. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti devrait en outre pouvoir demander au propriétaire/constituant de l'autoriser à protéger la valeur de la propriété intellectuelle grevée, par exemple en renouvelant les enregistrements ou en poursuivant les auteurs d'atteintes (voir recommandation 10), à moins que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ne l'interdise (voir recommandation 4, al. b)). La propriété intellectuelle grevée pourrait sinon perdre de la valeur, conséquence qui risquerait d'avoir une incidence négative sur l'affectation de la propriété intellectuelle en garantie d'un crédit.

5. Si le propriétaire/constituant accède à cette demande, le créancier garanti sera autorisé à exercer ces droits avec son consentement explicite; si le propriétaire/constituant ne répond pas, le créancier garanti sera autorisé à exercer ces droits avec son consentement implicite; si, enfin, le propriétaire/constituant rejette la demande, le créancier garanti ne sera pas autorisé à exercer ces droits. Si, en outre, le propriétaire/constituant ne poursuit pas les auteurs d'atteintes ou ne renouvelle pas les enregistrements, le créancier garanti pourra considérer ce manquement comme un cas de défaillance, décrit dans la convention constitutive de sûreté, et pourra réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle grevée. Il convient de rappeler que ces résultats ne feraient pas obstacle à l'application du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, puisque l'alinéa b) de la recommandation 4 donnerait préséance à ce droit en cas d'incompatibilité.

Recommandation 246¹

Droit du créancier garanti de préserver la propriété intellectuelle grevée

La loi devrait prévoir qu'elle n'empêche pas le constituant d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle et son créancier garanti de convenir que le second sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle

¹ Dans l'éventualité où la présente recommandation serait incluse dans le *Guide*, elle serait placée dans le chapitre sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté en tant que recommandation 116 *bis*.

grevée (par exemple, à traiter avec les autorités, poursuivre les auteurs d'atteintes ou renouveler les inscriptions de cette propriété intellectuelle).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la présente recommandation est nécessaire étant donné qu'elle traite d'une question qui ne se posera jamais dans le cadre de la loi recommandée par le Guide, du fait que cette loi: a) reconnaît l'autonomie des parties; b) ne prévoit pas de limites en ce qui concerne la question traitée dans la recommandation; et c) donne la préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle lorsque ce dernier impose de telles limites (voir recommandations 10 et 4, al. b)).

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si la recommandation pourrait être conservée à condition d'être modifiée de manière:

a) À limiter l'autonomie des parties prévue dans la recommandation 10, en indiquant que le créancier garanti peut exercer ce droit uniquement si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle le permet (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 10 à 12); ou

b) À rappeler les conséquences de l'application des recommandations 10 et 4, alinéa b), en indiquant que le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée, sauf règle contraire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les paragraphes 1 à 5 du commentaire ci-dessus reflètent la loi telle qu'actuellement recommandée dans le Guide avec les recommandations 10 et 4, alinéa b), et devront peut-être être revus en fonction de la décision qu'il prendra au sujet de la recommandation 246.]

VII. Droits et obligations des tiers débiteurs dans les opérations de financement garanties par des propriétés intellectuelles

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 6 et 7, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 6 et 7, A/CN.9/685, par. 76, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 23, A/CN.9/670, par. 104, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 64, A/CN.9/667, par. 109, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 32, et A/CN.9/649, par. 60.]

6. Lorsqu'un donneur de licence cède à un cessionnaire son droit au paiement des redevances dues par le preneur de licence au titre de l'accord de licence, ce dernier (en tant que débiteur de la créance cédée) serait un tiers débiteur au sens du *Guide* et ses droits et obligations seraient ceux d'un débiteur d'une créance. De même, lorsqu'un preneur de licence cède à un cessionnaire son droit au paiement des redevances dues par le preneur de sous-licence en vertu d'un accord de sous-licence, ce dernier serait un tiers débiteur par rapport au cessionnaire du preneur de licence au sens du *Guide*.

7. Ainsi, par exemple, lorsque le cessionnaire, à qui le donneur de licence a cédé son droit, réclame paiement des redevances, le preneur de licence en tant que débiteur de la créance cédée peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent de l'accord de licence ou de tout autre accord faisant

partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si le donneur réclamait le paiement. En outre, le preneur 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. Le preneur ne peut toutefois invoquer contre le cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu d'une loi autre que celle sur les opérations garanties pour violation d'une convention qu'il a conclue avec le donneur et par laquelle ce dernier s'engage à ne pas céder ses droits au paiement des redevances (voir recommandation 120). Cette recommandation est également soumise au principe de primauté du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4.

VIII. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 8 à 32, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.6, par. 8 à 32, A/CN.9/685, par. 77 à 86, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, par. 24 à 48, A/CN.9/670, par. 105 à 114, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 65 à 89, A/CN.9/667, par. 110 à 123, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 35 à 44, et A/CN.9/649, par. 61 à 73.]

A. Recouvrements entre la loi sur les opérations garanties et le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle

8. Les États ne prévoient généralement pas, dans leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, de moyens spécifiques de réalisation pour les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. Le droit général des opérations garanties s'applique normalement à la réalisation de ces sûretés. Lorsque, dans certains États, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traite effectivement de la réalisation des sûretés grevant différents types de propriété intellectuelle, il ne fait que greffer les régimes de réalisation des sûretés existants sur le régime de la propriété intellectuelle. En conséquence, les États qui adopteront les recommandations du *Guide* se contenteront normalement de remplacer le régime de réalisation antérieur découlant, par exemple, d'un code civil et d'un code de procédure civile, du droit commun des charges flottantes et fixes, d'une loi sur les hypothèques ou d'une autre loi générale relative à la réalisation, selon le cas, par le régime de réalisation que recommande le *Guide*.

9. Cette approche de la réalisation des sûretés s'applique non seulement à la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur ou marque, par exemple), mais aussi aux autres droits qui naissent de ces types de propriété intellectuelle. Partant, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession, des biens tels que les redevances et droits de licence sont traités comme des créances et sont soumis au régime de réalisation recommandé dans le *Guide* pour les cessions de créances (autrement dit les transferts purs et simples, les transferts à titre de garantie et les sûretés) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 21 à 29). De même, les autres droits contractuels d'un donneur de licence ou de sous-licence à l'égard du preneur

de licence ou de sous-licence seront également régis par le droit général des obligations d'un État, et les sûretés sur ces droits seront réalisées en vertu du droit général des opérations garanties de cet État. Ici encore, les droits d'exploitation d'un preneur de licence ou de sous-licence sont traités de la même manière que les droits d'un preneur à bail ou d'un acheteur, et sont régis par le droit général des obligations d'un État, sauf en ce qui concerne les questions d'enregistrement (lorsqu'elles sont spécifiquement mentionnées dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle).

10. Les États incorporent parfois des règles de procédure spéciales sur la réalisation des sûretés grevant des propriétés intellectuelles dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. En outre, les normes générales de procédure prévues par le droit des opérations garanties d'un État pourront se voir accorder une teneur spécifique dans le contexte de la réalisation des sûretés sur des propriétés intellectuelles. Ainsi, par exemple, la détermination de ce qui est commercialement raisonnable lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle pourra dépendre du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. La définition de ce critère peut fort bien varier d'un État à l'autre, ainsi que d'un régime de la propriété intellectuelle à l'autre. Le *Guide* reconnaît cette spécificité procédurale: lorsque des règles de procédure s'appliquent spécifiquement aux sûretés sur des propriétés intellectuelles et imposent aux parties des obligations supérieures à celles énoncées dans le régime de réalisation prévu par le *Guide*, elles s'appliqueront, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 4, en lieu et place des recommandations générales du *Guide*. Si ces règles de procédure et définitions s'appliquent également aux sûretés sur des biens autres que des propriétés intellectuelles, elles seront remplacées par les recommandations du *Guide* dans les États qui les adopteront.

11. Quant aux droits fondamentaux des créanciers garantis en matière de réalisation, il n'existe, une fois qu'un État adopte les recommandations du *Guide*, aucune raison d'élaborer des principes différents ou inhabituels pour régir la réalisation des sûretés grevant des propriétés intellectuelles. Le *Guide* ne fait que recommander un régime plus efficace et plus transparent permettant à un créancier garanti d'exercer ses droits, sans aucunement limiter les prérogatives que le propriétaire de la propriété intellectuelle peut exercer pour protéger ses droits contre toute atteinte ou recouvrer des redevances auprès d'un preneur de licence ou de sous-licence. Comme le souligne le chapitre du projet de supplément concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 9), le créancier garanti ne peut généralement pas obtenir une sûreté sur plus de droits que ceux dont le constituant jouit sur le bien au moment de la conclusion de la convention constitutive ou qu'il acquiert par la suite (voir recommandation 13).

B. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur différents types de propriété intellectuelle

12. Le *Guide* recommande un régime détaillé pour la réalisation des sûretés réelles mobilières sur différents types de biens. Il part du principe que les voies de droit doivent être conçues de manière à garantir la réalisation la plus efficace tout en assurant une protection appropriée des droits du constituant et des tiers. Ce principe

et cette approche recommandés dans le *Guide* devraient s'appliquer de la même façon à la réalisation des sûretés sur les diverses catégories de propriété intellectuelle. Actuellement, le droit de la plupart des États reconnaît une grande diversité de droits attachés à la propriété intellectuelle, notamment:

- a) La propriété intellectuelle elle-même;
- b) Les créances naissant d'un accord de licence;
- c) Les autres droits contractuels acquis par le donneur en vertu d'un accord de licence;
- d) Les droits acquis par le preneur de licence en vertu d'un accord de licence;
- e) Les droits du propriétaire, du donneur de licence et du preneur de licence sur des biens meubles corporels auxquels se rattache la propriété intellectuelle utilisée.

13. Les éléments du régime de réalisation recommandé par le *Guide*, et applicable à chacun de ces différents droits sur la propriété intellectuelle, seront examinés séparément dans les sections ci-après.

C. Prise de "possession" des documents nécessaires à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

14. Le droit qu'a le créancier garanti de prendre possession du bien grevé conformément aux recommandations 146 et 147 du *Guide* ne vaut généralement pas si le bien grevé est un bien meuble incorporel tel qu'une propriété intellectuelle (car le terme "possession", tel qu'il est défini dans le *Guide*, désigne la possession effective; voir Introduction du *Guide*, sect. B sur la terminologie et l'interprétation). Ces deux recommandations ne traitent que de la prise de possession de biens meubles corporels. Cependant, conformément au principe général de réalisation extrajudiciaire, le créancier garanti devrait être autorisé à prendre possession de tout document nécessaire à la réalisation de sa sûreté lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle. Un tel droit sera généralement prévu dans la convention constitutive de sûreté. Lorsque des documents sont nécessaires pour la réalisation de la sûreté grevant la propriété intellectuelle, le créancier devrait pouvoir en prendre possession qu'ils soient ou non expressément désignés comme biens grevés dans la convention constitutive.

15. On pourrait penser que, lorsqu'il prend possession d'un bien meuble corporel qui est produit au moyen d'une propriété intellectuelle ou dans lequel est incorporée une puce contenant un programme produit au moyen d'une propriété intellectuelle, le créancier garanti prend également possession de la propriété intellectuelle grevée. Ce n'est pas le cas. Il importe de délimiter correctement l'assiette de la sûreté. Même si de nombreux biens meubles corporels, qu'il s'agisse de matériel ou de stocks, peuvent être produits par exploitation d'une propriété intellectuelle telle qu'un brevet, la sûreté greve le bien meuble corporel et ne greve pas, en l'absence de clause spécifique en ce sens dans la convention constitutive de sûreté, la propriété intellectuelle utilisée pour le produire (il s'agit, en l'occurrence, d'une utilisation conforme à l'autorisation donnée par le propriétaire ou par un autre

donneur de licence; si l'utilisation n'est pas autorisée, les produits ne le sont pas non plus et le créancier garanti peut porter atteinte à la propriété intellectuelle s'il utilise le bien grevé de manière non autorisée). Ainsi, par exemple, le créancier garanti pourra, conformément aux règles de la loi recommandée dans le *Guide*, prendre possession d'un bien meuble corporel tel qu'un disque compact ou un disque vidéo numérique et exercer son droit à réalisation sur ces disques. S'il souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre la propriété intellectuelle, d'en disposer d'une autre façon, ou de la mettre sous licence, le droit de vente, de disposition ou de concession de licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté conclue avec le propriétaire de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 32 à 36 et recommandation 243).

D. Disposition de la propriété intellectuelle grevée

16. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti peut disposer de la propriété intellectuelle grevée ou en autoriser l'exploitation sous licence (mais toujours dans la limite des droits du constituant; voir recommandation 148). Ainsi, si le constituant est propriétaire, le créancier garanti devrait, en principe, pouvoir vendre la propriété intellectuelle grevée, en disposer d'une autre manière ou la mettre sous licence. Si, cependant, le constituant avait précédemment accordé à un tiers une licence exclusive libre de la sûreté, le créancier garanti ne pourra pas, en cas de défaillance, accorder une autre licence pour la même utilisation dans le même État, car le constituant n'avait pas ce droit lorsque le créancier garanti a acquis sa sûreté (*nemo dat quod non habet*). Il en sera autrement si, par exemple, le constituant octroie une licence exclusive géographiquement limitée. Dans ce cas, le créancier garanti peut octroyer une autre licence en dehors des limites géographiques de cette licence exclusive.

17. Dans le cas ci-dessus, selon la loi recommandée dans le *Guide*, le créancier garanti n'acquiert pas la propriété intellectuelle sur laquelle il réalise sa sûreté. Il dispose en fait de la propriété intellectuelle grevée (en la cédant ou en concédant une licence ou une sous-licence) au nom du constituant. Selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, tant que le cessionnaire ou le preneur de licence (selon le cas) qui acquiert les droits suite à l'acte de disposition n'inscrit pas d'avis (ou autre document) relatif à ses droits sur le registre approprié (en supposant que ces droits puissent être inscrits), le constituant demeure, sur le registre, le propriétaire de la propriété intellectuelle en question.

E. Droits acquis par disposition de la propriété intellectuelle grevée

18. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, les droits acquis sur une propriété intellectuelle par disposition judiciaire seraient régis par la loi applicable à l'exécution des décisions de justice (voir recommandation 160). En cas de disposition extrajudiciaire conformément aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, le premier point à noter est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence obtient ses droits directement du constituant. Le créancier garanti qui choisit d'exercer ses droits de cette manière ne devient pas propriétaire

du fait de cette réalisation, à moins qu'il n'acquière la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution de l'obligation garantie ou lors d'une vente en réalisation (voir les recommandations 148 et 156).

19. Le deuxième point est que le bénéficiaire du transfert ou le preneur de la licence ne pourrait obtenir que les droits effectivement grevés par la sûreté du créancier procédant à la réalisation. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, le bénéficiaire ou le preneur obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur. De même, le bénéficiaire du transfert ou preneur de licence de bonne foi qui acquiert un droit sur la propriété intellectuelle suite à un acte de disposition extrajudiciaire non conforme aux dispositions de la loi sur les opérations garanties, obtiendrait la propriété intellectuelle libre de la sûreté du créancier procédant à la réalisation et de toute sûreté de rang inférieur (voir les recommandations 161 à 163).

20. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, une sûreté sur un bien meuble corporel s'étend aux biens qui y sont attachés et peut être réalisée sur ces biens (voir recommandations 21 et 166). Pour que la sûreté couvre également les biens produits ou fabriqués par le constituant à partir des biens grevés, la convention constitutive de sûreté dispose généralement de manière expresse que la sûreté s'étend à ces biens manufacturés. Lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, il importe de déterminer si le bien dont il est disposé au profit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de licence est simplement la propriété intellectuelle telle qu'elle existait au moment où la sûreté est devenue opposable ou bien cette propriété intellectuelle telle qu'elle a été améliorée par la suite (perfectionnement d'un brevet, par exemple). Généralement, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle traite ces améliorations comme des biens distincts et non comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle existante. Partant, le créancier garanti prudent qui souhaite que les améliorations soient grevées par la sûreté devrait, dans la convention constitutive de sûreté, décrire le bien grevé de façon que ces améliorations soient directement grevées (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 40 et 41).

F. Proposition du créancier garanti d'acquérir la propriété intellectuelle grevée

21. En vertu du régime de réalisation recommandé dans le *Guide*, le créancier garanti a la faculté de proposer au constituant d'acquérir ses droits à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie. Si le constituant est propriétaire de la propriété intellectuelle, le créancier garanti pourrait lui-même devenir propriétaire de la manière prévue par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, à condition que ni le constituant ni aucune autre partie intéressée (comme le débiteur, toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie ou toute personne ayant des droits sur le bien grevé) ne s'y opposent (voir recommandations 156 à 159). Si le propriétaire a donné l'autorisation d'exploiter sa propriété intellectuelle à un preneur de licence qui a acquis ses droits en vertu de l'accord de licence libres des droits du créancier garanti réalisant sa sûreté, et si ce dernier acquiert la propriété intellectuelle auprès du constituant, il acquiert celle-ci sous réserve de la licence de rang supérieur

conformément au principe *nemo dat*. Une fois qu'un créancier garanti devient propriétaire de la propriété intellectuelle, ses droits et obligations sont régis par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle applicable. Il se pourrait, notamment, qu'il doive inscrire un avis ou un document confirmant qu'il a acquis la propriété intellectuelle pour jouir des droits d'un propriétaire ou pour obtenir toute priorité nécessaire. Enfin, le créancier garanti qui acquiert la propriété intellectuelle grevée à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie obtiendrait celle-ci libre de toute sûreté de rang inférieur, mais soumise à toute sûreté de rang supérieur (voir recommandation 161).

G. Recouvrement des redevances et droits de licence

22. Selon le régime de réalisation recommandé dans le *Guide*, lorsque le bien grevé est le droit de recevoir paiement de redevances ou d'autres droits en vertu d'un accord de licence, le créancier garanti devrait être autorisé à réaliser la sûreté en recouvrant simplement ceux-ci après défaillance et notification à la personne redevable (voir recommandation 168). Dans tous ces cas, la loi sur les opérations garanties considère le droit au paiement de redevances et d'autres droits de licence comme une créance (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 22 à 29). Aussi les droits et obligations des parties seront-ils régis par les principes qui s'appliquent aux créances dans la Convention des Nations Unies sur la cession et par le régime recommandé dans le *Guide* pour les créances. Ici encore, le créancier garanti qui a pris une sûreté sur le droit au paiement de redevances actuelles et futures ne pourra exercer que les droits à paiement (y compris de redevances futures en vertu de licences existantes) dont le constituant (donneur de licence) jouissait au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou qu'il acquiert par la suite (voir recommandation 13). En outre, sous réserve d'une règle contraire du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle (voir recommandation 4, al. b)), le droit du créancier garanti de recouvrer les redevances l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement desdites redevances ou à réaliser d'une autre manière cette sûreté personnelle ou réelle (voir recommandation 169).

H. Autres droits contractuels du donneur de licence

23. Outre le droit de percevoir des redevances, le donneur prévoira généralement, dans son accord avec le preneur de licence, d'autres droits contractuels (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 21), comme celui par exemple de limiter le droit du preneur de licence d'octroyer des sous-licences, d'interdire au preneur la constitution de sûretés sur ses droits découlant de l'accord de licence, et de mettre fin à l'accord de licence dans certaines conditions. Le donneur de licence conserve ces droits si la sûreté greève uniquement le droit au paiement des redevances. Toutefois, si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur ces autres droits du donneur, ces derniers devraient être inclus dans la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté. On notera également que si le créancier garanti réalise sa sûreté et prend la propriété intellectuelle grevée et mise sous licence soumise à une licence, il sera tenu, par le droit des contrats, de se conformer à l'accord de licence.

I. Réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle

24. Normalement, sauf lorsque le “principe d’épuisement” s’applique, le propriétaire de la propriété intellectuelle a la faculté de contrôler les modalités et le lieu de vente des biens meubles corporels pour lesquels une propriété intellectuelle est utilisée (avec son autorisation). Ainsi, lorsque le droit de propriété intellectuelle concerné n’a pas été épuisé, le créancier garanti ne devrait pouvoir disposer des biens qu’en cas de défaillance, s’il obtient l’autorisation du propriétaire. Dans ces deux cas, on part du principe que la convention constitutive de sûreté ne grève pas le droit de propriété intellectuelle lui-même (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 32 à 36, et recommandation 243).

25. Comme il n’existe aucune définition universelle du “principe d’épuisement” (souvent appelé “épuisement des droits” ou “principe de la première vente”), le projet de supplément le mentionne non pas en tant que concept universel, mais tel qu’il est compris dans chaque État. Néanmoins, lorsque ce principe s’applique conformément au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, l’idée de base est qu’un propriétaire de propriété intellectuelle perdra ou “épuisera” certains droits lorsque des conditions spécifiques sont remplies, comme la première vente ou mise sur le marché du produit incorporant la propriété intellectuelle. Par exemple, la possibilité pour le propriétaire d’une marque de contrôler les ventes en aval d’un produit portant sa marque est généralement “épuisée” après la première vente du produit. Cette règle a pour but d’exonérer une personne revendant ce produit de la responsabilité pour atteinte à la marque. Il importe néanmoins de noter que cette protection ne vaut que dans la mesure où les produits n’ont pas été modifiés au point d’être sensiblement différents de ceux provenant du propriétaire de la marque. De plus, le principe d’épuisement ne s’applique pas si un preneur de licence fabrique des produits portant la marque mise sous licence sans respecter les clauses de l’accord de licence (s’agissant, par exemple, de la qualité ou de la quantité).

26. Lorsqu’un produit est fabriqué au moyen d’une propriété intellectuelle exploitée sous licence par un constituant qui cherche à constituer une sûreté sur ce produit, le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permet au donneur de la licence de prévoir que le preneur ne pourra pas consentir de sûreté sur ce produit ou qu’un créancier garanti ne pourra réaliser sa sûreté que de la manière dont le donneur sera convenu. Dans ces deux cas, le donneur stipulera généralement dans l’accord de licence qu’il peut mettre fin à celle-ci si le preneur, en tant que constituant, ou le créancier garanti agit de manière contraire aux limites prévues dans l’accord. Pour réaliser efficacement sa sûreté sur le produit, il faudrait en conséquence, en l’absence d’accord préalable entre le propriétaire/donneur de licence et le créancier garanti, que ce dernier obtienne le consentement du propriétaire/donneur de licence ou s’en remette au droit pertinent contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle et à l’application du principe d’épuisement.

27. Si le créancier garanti souhaite également obtenir une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même (y compris, dans la mesure où le constituant a le droit de vendre celle-ci ou de la mettre sous licence, le droit de vente ou de concession de

licences), il lui faudrait désigner expressément cette propriété intellectuelle comme bien grevé dans la convention constitutive de sûreté. Ici, le bien grevé n'est pas le produit fabriqué au moyen de la propriété intellectuelle, mais la propriété intellectuelle elle-même (ou l'autorisation de fabriquer des biens meubles corporels au moyen de la propriété intellectuelle). Un créancier garanti prudent cherchera généralement à obtenir une sûreté sur cette propriété intellectuelle de façon à pouvoir réaliser sa sûreté et à vendre ou mettre sous licence la propriété intellectuelle de sorte que le preneur puisse poursuivre la production, le cas échéant, de produits partiellement achevés.

J. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur les droits d'un preneur de licence

28. La discussion ci-dessus part du principe que le constituant était le propriétaire de la propriété intellectuelle. Le bien grevé est composé d'un ou de plusieurs des droits suivants: la propriété intellectuelle elle-même, le droit du propriétaire/donneur de licence de percevoir des redevances et d'autres droits, ou le droit du propriétaire/donneur de licence de faire respecter d'autres clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle. Ce n'est que dans l'examen des sûretés constituées sur des biens meubles corporels produits au moyen d'une propriété intellectuelle (sect. I, ci-dessus) que les droits du propriétaire/donneur de la licence et ceux du preneur de la licence ont été traités ensemble. Or, la plupart des questions traitées dans les sections C à H valent également dans les cas où le bien grevé n'est pas la propriété intellectuelle elle-même, mais les droits d'un preneur de licence (ou de sous-licence) naissant d'un accord de licence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 30 et 31). Lorsque le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne peut évidemment réaliser sa sûreté que sur les droits du preneur de la licence, et ne peut le faire qu'en respectant les clauses de l'accord de licence.

29. Lorsque le constituant est un preneur de licence, en cas de défaillance de sa part, le créancier garanti aura le droit de réaliser sa sûreté sur les droits du preneur découlant de l'accord de licence et de disposer de la licence en la transférant, à condition que le donneur de licence y consente ou que la licence soit transférable, ce qui est rarement le cas. De même, le créancier garanti qui réalise sa sûreté peut accorder une sous-licence, à condition que le donneur y consente ou que le constituant/preneur de licence ait, aux termes de l'accord de licence, le droit d'accorder des sous-licences. Lorsque le créancier garanti propose à un constituant/preneur de licence d'acquérir la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation garantie et que ni le constituant, ni aucune autre partie intéressée (comme le débiteur, toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie ou toute personne ayant des droits sur le bien grevé; voir recommandations 157 et 158) ne s'y opposent (et que l'accord de licence n'interdit pas le transfert de la licence), il acquiert la licence conformément aux clauses de l'accord de licence conclu entre le preneur et le donneur. En admettant que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle permette d'enregistrer des licences, l'enregistrement de la licence par le preneur-crédancier garanti qui acquiert la licence à titre d'exécution partielle ou totale de l'obligation

garantie pourrait être une condition de l'efficacité des droits du preneur de licence, ou tout simplement servir à des fins d'information.

30. Lorsque le bien grevé est le droit du donneur de sous-licence au paiement des redevances dues au titre d'un accord de sous-licence, le régime recommandé dans le *Guide* traite ce bien comme une créance. En conséquence, le créancier garanti du preneur de licence/donneur de sous-licence peut recouvrer les redevances dans la mesure où celles-ci étaient dues au constituant-donneur de la sous-licence au moment de la réalisation de la sûreté sur la créance. Si la constitution, par le preneur de licence/donneur de sous-licence, d'une sûreté sur son droit aux redevances de sous-licence viole un accord de licence conclu initialement ou entre-temps, l'exécution dudit accord peut empêcher le créancier garanti de recouvrer les redevances auprès du preneur de la sous-licence ou le priver des autres avantages de sa convention.

31. Lorsque le bien grevé est un autre droit contractuel stipulé dans l'accord de sous-licence, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur ce droit contractuel comme s'il s'agissait de tout autre bien grevé, et le fait que le donneur de licence puisse avoir mis fin à la licence pour l'avenir ou puisse avoir lui-même fait valoir un droit antérieur aux redevances de sous-licence n'a aucune incidence directe sur le droit qu'a le créancier garanti de réaliser sa sûreté sur ces autres droits contractuels.

32. Les clauses de l'accord de licence peuvent fortement limiter les droits acquis, en cas d'acte de disposition du créancier garanti, par la personne à laquelle les droits grevés du preneur de licence sont transférés ou concédés en sous-licence, ou acquis par le créancier garanti qui se fait attribuer les droits du preneur de licence à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie. Par exemple, un preneur de licence non exclusive ne pourra pas faire valoir la propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre preneur de licence non exclusive ou d'une personne portant atteinte à la propriété intellectuelle. Seul le donneur de licence (ou le propriétaire) pourra le faire, bien que dans certains États, les preneurs de licence exclusive soient autorisés à se joindre au donneur de licence en tant que parties à l'action voire à poursuivre eux-mêmes les auteurs d'atteintes. En outre, en fonction des clauses de l'accord de licence et de la description du bien grevé dans la convention constitutive de sûreté, le bénéficiaire du transfert de la licence ne pourra pas avoir accès à des informations telles que le code source. Pour assurer l'efficacité de la licence transférée ou concédée en sous-licence, il faudra que la convention constitutive de sûreté inclue ces droits dans la description des biens grevés par le constituant-preneur de licence, dans la mesure où l'accord de licence et le droit applicable l'autorisent à grever ces droits également.

IX. Financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 33 à 57 et les recommandations 247 à 252, voir A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.5, note suivant le par. 19, A/CN.9/685, par. 66 à 70 et A/CN.9/670, par. 32 à 36.]

A. Introduction

33. Dans le passé, mais aussi dans la pratique commerciale et juridique actuelle, de nombreux États ont adopté un régime spécial pour le financement de l'acquisition des biens meubles corporels. Tenant compte de ces pratiques courantes, le *Guide* examine le financement d'acquisitions en s'intéressant avant tout aux biens meubles corporels tels que les biens de consommation, le matériel et les stocks. Il ne contient pas de recommandations concernant le financement de l'acquisition d'autres types de biens meubles corporels tels que les instruments et documents négociables. Il ne recommande pas non plus qu'un régime spécial soit établi pour le financement de l'acquisition de biens meubles incorporels. Le *Guide* ne traite pas non plus expressément la question de savoir si une sûreté réelle mobilière, en particulier une sûreté grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition, s'étend au logiciel (bien meuble incorporel) utilisé pour ce bien. Toutefois, le projet de supplément indique clairement qu'aucune sûreté grevant un bien meuble corporel ne s'étend à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.2, par. 32 à 36 et recommandation 243).

34. En particulier, le *Guide* laisse ouverte la question de savoir si, dans une économie moderne qui repose sur le crédit, il serait utile d'autoriser la constitution de sûretés garantissant le paiement d'une acquisition en faveur des prêteurs qui financent l'acquisition (mais non la création) d'une propriété intellectuelle. Une telle approche permettrait d'instaurer une égalité de traitement générale entre les biens meubles corporels et les biens de propriété intellectuelle. Compte tenu des différences importantes existant, dans les régimes juridiques, entre les propriétés intellectuelles et d'autres types de biens, si une telle approche était adoptée, les principes du *Guide* relatifs au financement de l'acquisition de biens meubles corporels ne pourraient pas simplement être transposés dans le contexte de la propriété intellectuelle. Ils devraient être adaptés pour s'y appliquer, comme il est expliqué aux sections B et C ci-après.

B. Approche unitaire

35. L'idée fondamentale consistant à prévoir un régime spécial pour le financement d'acquisitions dans le contexte de la propriété intellectuelle n'est pas nouvelle. Ainsi, dans certains systèmes juridiques, un créancier peut obtenir une sûreté sur un logiciel protégé par le droit d'auteur en garantie du paiement de son acquisition, mais uniquement si: a) la sûreté accompagne une sûreté sur un bien meuble corporel; b) le logiciel est acquis par le constituant au moyen d'une opération intégrée à celle par laquelle il a acquis le bien meuble corporel; et c) le constituant acquiert le logiciel dans le principal but de l'utiliser dans le bien meuble corporel. Dans d'autres systèmes juridiques, il est possible pour un créancier garanti d'obtenir une sûreté grevant des biens meubles incorporels (y compris une propriété intellectuelle, que cette dernière soit ou non utilisée en rapport avec des biens meubles corporels) en garantie du paiement de leur acquisition. Dans d'autres encore, où le droit général tel qu'énoncé par exemple dans un code civil ne prévoit pas de concept de sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, un résultat similaire peut être obtenu par une réserve de propriété, un crédit-bail ou une hypothèque garantissant le prix d'achat d'un bien meuble. Dans chacun de ces

cas, l'opération peut avoir trait à un bien meuble incorporel, y compris un droit de propriété intellectuelle, même si c'est peu fréquent. Enfin, dans d'autres systèmes encore, il est possible d'utiliser une "hypothèque" ou une "charge fixe" pour garantir l'obligation de paiement de l'acquéreur de la propriété intellectuelle et, dans de tels cas, l'"hypothèque" ou la "charge fixe" peuvent prévaloir sur une "charge flottante" préexistante.

36. Les règles sur le financement d'acquisitions prévues par la loi recommandée dans le *Guide* visent à rationaliser et à simplifier les différentes techniques juridiques auxquelles les créanciers peuvent avoir recours pour obtenir une sûreté sur un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition. Pour instaurer une égalité de traitement générale dans les régimes régissant les biens meubles corporels et les droits de propriété intellectuelle, il faudrait généralement adapter comme suit la loi recommandée dans le *Guide*. Il serait nécessaire:

- a) De prévoir expressément que les sûretés en garantie du paiement d'une acquisition peuvent porter sur une propriété intellectuelle comme sur un bien meuble corporel;
- b) De prévoir la possibilité pour les États d'adopter une approche unitaire ou non unitaire en matière de financement d'acquisitions;
- c) D'éliminer toute référence à la possession et à la remise du bien grevé; et
- d) D'établir une distinction appropriée entre le financement de l'acquisition du droit de propriété intellectuelle même et le financement de l'acquisition d'une licence ou sous-licence de ce droit.

37. En plus de ces adaptations générales, un certain nombre d'adaptations plus précises seraient nécessaires, portant sur: a) l'opposabilité et la priorité d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition; b) la priorité d'une sûreté inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle; et c) la priorité d'une sûreté sur le produit d'une propriété intellectuelle grevée. Ces adaptations sont examinées successivement ci-après.

1. Opposabilité et priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition

38. Dans le chapitre sur le financement d'acquisitions, le *Guide* fait la distinction entre trois types de biens: les biens de consommation, les stocks et les biens autres que les biens de consommation ou les stocks (comme le matériel). La loi recommandée dans le *Guide* prévoit qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition (biens destinés à l'usage personnel, familial ou domestique) est automatiquement opposable dès sa constitution (c'est-à-dire opposable sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire) et a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition (recommandation 179).

39. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit plusieurs possibilités pour obtenir l'opposabilité en relation avec des stocks ou du matériel. Avec la première possibilité, une sûreté réelle mobilière grevant des biens autres que des biens de consommation ou des stocks (c'est-à-dire des biens que le constituant ne destine pas à la vente, à la location ou à la mise sous licence dans le cours normal de ses affaires) en garantie du paiement de leur acquisition aurait priorité sur une sûreté

réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition octroyée sur les mêmes biens par le même constituant, à condition qu'un avis concernant la première soit inscrit dans le registre général des sûretés peu de temps après que le constituant a obtenu la possession des biens (recommandation 180, variante A, al. a)). Une règle différente s'appliquerait aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks. Dans ce cas, l'inscription dans le registre général des sûretés devrait se faire avant la remise des stocks au constituant et les créanciers garantis titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à l'acquisition inscrites antérieurement seraient avisés par le créancier garanti finançant l'acquisition de son intention de revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition (voir recommandation 180, variante A, al. b)). Avec la deuxième possibilité, aucune distinction ne serait établie entre les stocks et les biens autres que les biens de consommation ou les stocks. La règle applicable aux biens autres que des stocks s'appliquerait à tous les types de biens autres que les biens de consommation (voir recommandation 180, variante B).

40. Pour adapter la loi recommandée dans le *Guide* aux droits de propriété intellectuelle, les modifications suivantes seraient nécessaires. Dans les cas où la propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition est détenue par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques, la sûreté serait traitée selon les mêmes règles que celles régissant une sûreté sur des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition. Dans les cas où cette propriété intellectuelle est détenue par le constituant à des fins de vente, de location ou de mise sous licence dans le cours normal de ses affaires, la sûreté serait traitée selon les mêmes règles que celles régissant une sûreté grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. Et dans les cas où cette propriété intellectuelle n'est pas détenue par le constituant à des fins de vente, de location ou de mise sous licence dans le cours normal de ses affaires ou en vue d'être utilisée à des fins personnelles, familiales ou domestiques, la sûreté serait traitée selon les mêmes règles que celles régissant une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation.

41. Si ces modifications étaient apportées, les règles relatives à l'opposabilité et à la priorité des sûretés grevant des propriétés intellectuelles en garantie du paiement de leur acquisition se présenteraient comme suit. Dans les cas où la propriété intellectuelle est acquise à des fins personnelles, familiales ou domestiques, la sûreté en garantie du paiement de son acquisition serait automatiquement opposable dès sa constitution (c'est-à-dire opposable sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire) et aurait priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à l'acquisition (transposition de la recommandation 179). Dans les cas portant sur des stocks et du matériel, il serait nécessaire de transposer les deux variantes présentées dans le *Guide*. Dans la variante A, une sûreté réelle mobilière grevant, en garantie du paiement de son acquisition, une propriété intellectuelle ou une licence destinée à être utilisée dans le cours des affaires et non destinée à faire l'objet d'une licence ou d'une sous-licence respectivement aurait priorité sur une autre sûreté octroyée sur le même bien par le même constituant, à condition qu'un avis concernant la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés peu de temps après que le constituant a acquis la propriété intellectuelle ou la licence (transposition de la recommandation 180, variante A, al. a)). Toujours dans cette variante, une sûreté réelle mobilière grevant, en garantie du paiement de son acquisition, une propriété intellectuelle ou une licence que le constituant détient non

pour en faire usage dans le cadre de ses affaires, mais pour octroyer une licence ou une sous-licence respectivement, aurait priorité sur une autre sûreté octroyée sur le même bien par le même constituant, à condition qu'un avis concernant la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés avant l'octroi de la licence et que les créanciers garantis titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à l'acquisition inscrites antérieurement soient avisés par le créancier garanti finançant l'acquisition de son intention de revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition avant l'octroi de la licence (transposition de la recommandation 180, variante A, al. b)). Dans la variante B, le régime régissant les droits de propriété intellectuelle destinés à être utilisés par le constituant dans le cadre de ses affaires et non à faire l'objet d'une licence ou d'une sous-licence s'appliquerait à tous les types de propriété intellectuelle ou de licence (transposition de la recommandation 180, variante B).

2. **Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle**

42. La loi recommandée dans le *Guide* ne cherche pas à modifier les règles de droit qui, en dehors d'elle, s'appliquent aux registres spécialisés, que ce soit pour l'opposabilité (recommandations 34, 38 et 42) ou la priorité (recommandations 77 et 78). Ce principe est aussi adopté dans le chapitre relatif au financement d'acquisitions (recommandation 181). Il en résulte deux conséquences. Premièrement, la priorité spéciale accordée à une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition sur des sûretés non liées à l'acquisition inscrites antérieurement vaut uniquement pour les sûretés inscrites dans le registre général des sûretés, et non pour les sûretés inscrites dans des registres spécialisés. Deuxièmement, la priorité générale accordée par d'autres règles de droit aux sûretés inscrites dans des registres spécialisés est maintenue par la loi recommandée dans le *Guide*, indépendamment de la question de savoir si la sûreté est ou non liée à une acquisition. Ainsi, la priorité d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle ne l'emporte pas sur la priorité d'une sûreté inscrite antérieurement au registre de la propriété intellectuelle. Si le régime de priorité prévu dans les autres règles de droit régissant le registre spécialisé lui-même accorde la priorité à une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition inscrite postérieurement, cette priorité ne sera pas affectée par la loi recommandée dans le *Guide*.

43. L'approche recommandée dans le *Guide* se justifie par la nécessité de ne pas porter atteinte aux régimes d'inscription sur des registres spécialisés. Elle risque toutefois d'entraver le financement d'acquisitions, dans la mesure où une sûreté grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition ne bénéficierait pas d'une priorité spéciale par rapport à n'importe quel type de sûreté inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle. Comme il a déjà été mentionné (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.3, par. 9), les États adoptant les recommandations du *Guide* voudront peut-être revoir leur droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle afin de déterminer si l'inscription d'avis relatifs aux sûretés dans un registre de la propriété intellectuelle devrait être autorisée. Ils voudront peut-être aussi envisager d'étendre la priorité spéciale accordée aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dûment inscrites dans un registre de la propriété intellectuelle.

44. L'exemple suivant peut être utile pour illustrer pourquoi un tel régime mérite d'être envisagé. L'État A, qui a adopté les recommandations du *Guide*, décide aussi de permettre l'inscription d'avis relatifs à des sûretés grevant des propriétés intellectuelles (même futures) dans le registre de la propriété intellectuelle approprié comme mode d'opposabilité. Une banque a accordé un crédit au constituant, crédit garanti par une sûreté sur tous les droits de propriété intellectuelle présents et futurs. La banque a rendu cette sûreté opposable en l'inscrivant dans le registre spécialisé. La sûreté sur chaque droit futur de propriété intellectuelle n'est pas opposable tant que le constituant n'a pas acquis ce droit. Néanmoins, selon les principes généraux de priorité recommandés dans le *Guide*, que l'État adopterait vraisemblablement s'il décidait d'autoriser l'inscription d'avis relatifs à des sûretés grevant des propriétés intellectuelles futures, la priorité remonte à la date d'inscription (voir recommandation 76).

45. Le constituant souhaite ensuite acheter à crédit un droit particulier de propriété intellectuelle. Le vendeur est disposé à vendre à crédit uniquement s'il se voit accorder une sûreté sur ce droit pour garantir l'obligation de paiement restante. Selon les règles de la loi recommandée dans le *Guide*, il lui est impossible d'obtenir une priorité spéciale, en tant que partie finançant l'acquisition, par rapport à des sûretés non liées à l'acquisition inscrites antérieurement. Si le vendeur inscrit la sûreté au registre de la propriété intellectuelle, il occupera le deuxième rang, après la banque. En d'autres termes, même si le vendeur qui souhaite obtenir la priorité spéciale accordée à une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition prend toutes les mesures nécessaires pour revendiquer un tel droit et inscrit un avis dans le registre général des sûretés (voir la recommandation 180 telle que transposée), la recommandation 181 reconnaîtra la priorité attribuée à l'inscription dans le registre spécialisé (généralement l'inscription dans un registre spécialisé l'emporte toujours sur l'inscription dans le registre général des sûretés (voir recommandation 77)). Par conséquent, si la sûreté sur les propriétés intellectuelles présentes et futures est inscrite antérieurement dans le registre approprié de la propriété intellectuelle, la partie finançant l'acquisition qui prend une sûreté sur le droit de propriété intellectuelle vendu ne pourra en aucun cas obtenir une priorité spéciale sur ce droit. Un tel vendeur devrait avoir recours à une opération lui permettant de rester propriétaire du droit en question (voir sect. C ci-après).

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'une propriété intellectuelle grevée

46. Une caractéristique clef du régime de financement d'acquisitions recommandé dans le *Guide* est la manière dont les règles générales recommandées pour les sûretés sur le produit de biens grevés devraient être applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. La règle générale de la loi recommandée par le *Guide* veut que la priorité d'une sûreté sur le produit suive celle de la sûreté sur les biens initialement grevés (recommandations 76 et 100). Par contre, la priorité d'une sûreté sur le produit d'un bien grevé d'une sûreté en garantie du paiement de son acquisition ne suit pas automatiquement celle de la sûreté sur le bien initialement grevé. Là encore, on fait la distinction entre les biens de consommation, les stocks et les biens autres que des stocks ou des biens de consommation, comme le matériel (voir recommandation 185). Comme pour les biens initialement grevés, le *Guide* propose plusieurs possibilités.

47. Dans la variante A, une sûreté grevant le produit de biens autres que des stocks ou des biens de consommation a la même priorité que la sûreté grevant ces biens en garantie du paiement de leur acquisition (voir recommandation 185, variante A, al. a)). Par contre, une sûreté grevant le produit de stocks n'a cette priorité que si le produit ne prend pas la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (recommandation 185, variante A, al. b)). Dans la variante B, la sûreté sur le produit d'un bien initialement grevé ne bénéficiera que de la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition (recommandation 185, variante B). En conséquence, lorsque l'une ou l'autre des variantes de la recommandation 185 est transposée aux sûretés grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition, les revenus générés par la concession d'une licence ou d'une sous-licence sur un droit de propriété intellectuelle restent grevés par la sûreté, mais la sûreté sur les redevances n'aura pas la priorité spéciale d'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition.

48. On pourrait faire valoir que cette transposition directe n'est pas optimale dans le cas de sûretés grevant des propriétés intellectuelles en garantie du paiement de leur acquisition. Par exemple, les propriétaires et les donneurs de licence de propriété intellectuelle comptent généralement sur leur droit au paiement de redevances pour pouvoir développer de nouvelles idées protégées par des droits de propriété intellectuelle et octroyer une licence permettant à d'autres de les utiliser. En outre, si les créanciers garantis ordinaires des preneurs de licence avaient toujours priorité sur les créanciers garantis des propriétaires ou des donneurs, ces derniers ne pourraient pas affecter leurs droits au paiement de redevances en garantie d'un crédit. On pourrait aussi faire valoir, toutefois, que les propriétaires et les donneurs de licence pourraient parvenir à un résultat équivalent en faisant en sorte qu'eux-mêmes ou leur créancier garanti: a) obtiennent une sûreté sur le droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence dues par les preneurs de sous-licence au preneur de licence en sa qualité de donneur de sous-licence ou obtiennent une cession pure et simple de ce droit et inscrivent un avis y relatif dans le registre de la propriété intellectuelle approprié; b) obtiennent une sûreté sur le droit au paiement d'un pourcentage des redevances de sous-licence dues par les preneurs de sous-licence au preneur de licence en sa qualité de donneur de sous-licence ou obtiennent une cession pure et simple de ce droit et inscrivent en premier un avis y relatif au registre général des sûretés; ou c) obtiennent un accord de cession de rang du créancier garanti du preneur de licence.

49. Étant donné que la transposition des recommandations du *Guide* dans le contexte de la propriété intellectuelle vise à assurer l'égalité de traitement entre les sûretés grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition et les sûretés grevant des propriétés intellectuelles en garantie du paiement de leur acquisition, il est préférable de conserver le même résultat dans les deux cas, tout particulièrement lorsqu'un constituant constitue une sûreté générale sur des biens meubles corporels et incorporels présents et futurs. Par conséquent, dans le projet de supplément, il est recommandé que les règles prévues dans le *Guide* pour les sûretés sur le produit de biens meubles corporels initialement grevés d'une sûreté en garantie du paiement de leur acquisition soient transposées telles quelles au régime régissant le financement d'acquisitions de propriétés intellectuelles.

4. Exemples illustrant comment les recommandations du *Guide* relatives au financement d'acquisitions pourraient s'appliquer dans le contexte de la propriété intellectuelle

50. Les exemples suivants pourraient être utiles pour illustrer comment les recommandations du *Guide* s'appliqueraient dans le contexte de la propriété intellectuelle. Dans tous ces exemples, le propriétaire ou un créancier garanti ultérieur finançant l'acquisition d'une propriété intellectuelle ou d'une licence de propriété intellectuelle est titulaire d'une sûreté en garantie du paiement de son acquisition avec une priorité spéciale par rapport à une sûreté non liée à l'acquisition dans les conditions décrites ci-après.

a) Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son prix d'achat (biens autres que des stocks ou des biens de consommation)

51. B constitue une sûreté sur tous ses biens meubles présents et futurs (y compris ses propriétés intellectuelles) en faveur de SC, qui prend les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B acquiert auprès de O un brevet qu'il utilisera dans ses activités. Conformément à l'accord conclu avec O, B consent à payer à terme le prix d'achat à O et octroie à O une sûreté sur le brevet pour garantir son obligation de remboursement. O rend sa sûreté opposable dans un court laps de temps, par exemple 20 ou 30 jours à compter du moment où B a obtenu le brevet. La sûreté de O est une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC (voir recommandation 180, variante A, al. a), ou variante B, al. b)). La question de savoir si la priorité de la sûreté de O s'étend au produit du brevet sous la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, dépendra de la version de la recommandation 185 qu'un État adopte. Dans la variante A, la priorité de la sûreté de O s'étend au produit (voir recommandation 185, variante A, al. a) telle que transposée). Dans la variante B, la sûreté de O sur le produit aurait uniquement la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition (voir recommandation 185, variante B, telle que transposée).

b) Sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son prix d'achat (stocks)

52. B constitue une sûreté sur tous ses biens meubles présents et futurs (y compris ses propriétés intellectuelles) en faveur de SC1, qui prend les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B acquiert auprès de O un brevet afin d'octroyer sur ce brevet une licence à des tiers dans le cours normal de ses affaires. B obtient l'argent nécessaire pour payer le prix d'achat à O en empruntant l'argent à SC2, auquel B octroie une sûreté sur le brevet pour garantir son obligation de remboursement. Avant que B n'obtienne le brevet, SC2: a) prend les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, et b) notifie à SC1 qu'il aura une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition. La sûreté de SC2 est une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC1 (voir recommandation 180, variante A, al. b), et variante B, al. b) telles que transposées). La priorité de la sûreté de SC2 ne s'étend pas au produit du brevet sous forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de

fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 185, variante A, al. b) et variante B, telles que transposées).

c) Sûreté réelle mobilière grevant une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement du prix d'achat de la licence (biens autres que des stocks ou des biens de consommation)

53. B a constitué une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de ses biens meubles présents et futurs (y compris ses propriétés intellectuelles) en faveur de SC, qui a pris les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B obtient auprès de O une licence pour utiliser dans ses activités un brevet dont O est propriétaire. B consent à payer à terme le droit de licence à O et lui octroie une sûreté sur ses droits comme preneur de licence pour garantir son obligation de paiement. O rend cette sûreté opposable dans un court laps de temps, par exemple 20 ou 30 jours à compter du moment où B a obtenu la licence. La sûreté que possède O sur les droits de B découlant l'accord de licence est une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC (voir recommandation 180, variante A, al. a), ou variante B, al. b)). La question de savoir si la priorité de la sûreté de O s'étend au produit des droits de B comme preneur de licence sous la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant dépendra de la version de la recommandation 185 que l'État adopte. Selon la variante A, la priorité de la sûreté de O s'étend aux créances (voir recommandation 185, variante A, al. a), telle que transposée). Selon la variante B, la sûreté de O sur les créances aurait uniquement la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition (voir recommandation 185, variante B, telle que transposée). On notera que les droits que détient O en vertu de sa sûreté sont distincts des droits qu'il détient en vertu de l'accord de licence lui permettant de mettre fin à cet accord en cas de non-respect par B des obligations qu'il a contractées dans l'accord et sont soumis à des conditions différentes.

d) Sûreté réelle mobilière grevant une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement du prix d'achat de la licence (stocks)

54. B octroie une sûreté sur l'ensemble de ses biens meubles présents et futurs (y compris ses propriétés intellectuelles) en faveur de SC1, qui prend les mesures nécessaires pour rendre cette sûreté opposable. Par la suite, B obtient de O, propriétaire d'un brevet, une licence afin d'octroyer à des tiers une sous-licence sur ce brevet dans le cours normal de ses affaires. B obtient l'argent nécessaire pour payer le droit de licence en empruntant de l'argent à SC2, au profit duquel il constitue une sûreté sur ses droits de preneur de licence pour garantir son obligation de remboursement. Avant que B n'obtienne la licence, SC2: a) prend les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable, et b) notifie à SC1 qu'il aura une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition. La sûreté de SC2 est une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition et a priorité sur la sûreté de SC1 (voir recommandation 180, variante A, al. b) et variante B, al. b), telles que transposées). La priorité de la sûreté de O ne s'étend pas au produit de la licence sous forme de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir recommandation 185, variante A, al. b) et variante B, telles que transposées).

C. Approche non unitaire

55. Les paragraphes ci-dessus traitent du financement de l'acquisition d'une propriété intellectuelle dans l'hypothèse où un État adopte l'"approche unitaire" prévue aux recommandations 178 à 186 du *Guide*. Ils partent du principe que, si un État adopte l'approche unitaire pour le financement de l'acquisition de biens meubles corporels, il en fera de même pour le financement de l'acquisition de propriétés intellectuelles, car autrement, une confusion inutile s'en suivrait en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'opérations en vue du financement d'acquisitions.

56. Pour les mêmes raisons, si un État adopte l'"approche non unitaire" du financement de l'acquisition de biens meubles corporels, on peut raisonnablement penser qu'il l'adoptera également pour le financement de l'acquisition de propriétés intellectuelles. L'approche non unitaire en matière de financement de l'acquisition de droits de propriété intellectuelle pourrait, par exemple, se traduire par des clauses contractuelles prévoyant un transfert conditionnel (qui, selon le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, peut inclure une licence exclusive conditionnelle), un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une opération similaire en rapport avec un droit de propriété intellectuelle. De plus, dans l'approche non unitaire, un propriétaire ou un tiers octroyant un financement tel qu'une banque peuvent prendre une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition du même type que celles qui existent dans l'approche unitaire.

57. Toutes ces opérations de financement d'acquisitions peuvent être assez facilement adaptées au financement de droits de propriété intellectuelle. Toutefois, contrairement à ce qui se passe avec l'approche unitaire, il n'est pas possible de transposer directement les recommandations régissant les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail lorsque le preneur acquiert une licence non exclusive. Dans ce cas, le donneur de licence ne retient pas de droit particulier à part son droit continu en tant que propriétaire (sous réserve des conditions de la licence). Dans ce cas, le moyen qui s'offre normalement à lui est simplement la révocation de la licence. Par contre, une partie finançant l'acquisition qui n'est pas donneur de licence (par exemple une banque qui finance l'acquisition de la licence par le preneur) prendrait une sûreté ordinaire sur les droits du preneur en garantie du paiement de l'acquisition.

58. Pour élaborer des dispositions en vue d'instaurer un régime non unitaire en matière de financement d'acquisitions, les États devraient tenir compte de deux éléments. Premièrement, pour obtenir les mêmes résultats fonctionnels qu'avec l'approche unitaire, ils devront examiner toutes les questions couvertes par les six recommandations relatives à l'approche unitaire figurant dans le présent chapitre (voir recommandations 247 à 252). Deuxièmement, les dispositions particulières de la loi à adopter devraient être adaptées de la même manière que, pour les biens meubles corporels, les recommandations 192 à 194 et la recommandation 199 du *Guide* (approche non unitaire) ont été adaptées pour faire pendant aux recommandations 180 et 185 du *Guide* (approche unitaire) respectivement. En d'autres termes, pour instaurer un régime non unitaire en matière de financement d'acquisition de droits de propriété intellectuelle, les États devraient prévoir des règles détaillées pour traiter les questions de l'opposabilité et de la transformation du droit de propriété, de réserve de propriété ou d'un droit similaire du bénéficiaire

du transfert en une sûreté sur le produit de la propriété intellectuelle qui a été transférée ou dont la propriété a été retenue (pour plus de précisions sur ces adaptations dans le cas de l'approche non unitaire en matière de financement d'acquisitions, se reporter au chapitre IX sur le financement d'acquisitions).

Recommandations 247 à 252

Application à la propriété intellectuelle des dispositions relatives au financement d'acquisitions

247. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition s'appliquent également à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition.

Sûreté réelle mobilière grevant en garantie du paiement de son acquisition une propriété intellectuelle destinée à être vendue ou mise sous licence

248. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle qui est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition est destinée à être vendue ou mise sous licence dans le cours normal des affaires du constituant, cette sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition.

Sûreté réelle mobilière grevant en garantie du paiement de son acquisition une propriété intellectuelle détenue à des fins personnelles, familiales ou domestiques

249. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition est utilisée ou destinée à être utilisée par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques, cette sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.

Inapplicabilité du concept de possession à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition

250. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, les références dans ces dispositions à la possession du bien grevé par le créancier garanti ne s'appliquent pas.

Prise en compte du moment où le constituant acquiert la propriété intellectuelle grevée

251. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, toute référence dans ces dispositions au moment de la possession du bien grevé par le constituant renvoie au moment où le constituant acquiert la propriété intellectuelle ou la licence grevée.

252. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, toute référence dans ces dispositions au moment de la remise du bien grevé au constituant renvoie au moment où le constituant acquière la propriété intellectuelle ou la licence grevée.

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide
législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux
sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle,
soumise au Groupe de travail VI (Sûretés)
à sa dix-septième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle . . .	1-40
A. Loi applicable aux aspects réels	1-38
B. Loi applicable aux questions contractuelles.	39-40
Recommandation 253	
XI. Transition	41-45
XII. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence	46-67
A. Remarques générales	46-54
B. Insolvabilité du donneur de licence	55-63
C. Insolvabilité du preneur de licence.	64-67
Appendice.	

X. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 1 à 46, voir *A/CN.9/WG.VI/WP.39/Add.7, par. 1 à 23, A/CN.9/685, par. 87 à 94, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 1 à 21, A/CN.9/670, par. 115, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, par. 90 à 98, A/CN.9/667, par. 124 à 128, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 53 à 57, et A/CN.9/649, par. 77 à 80.*]

A. Loi applicable aux aspects réels

1. Objet et champ d'application

1. En général, les règles de conflit de lois recommandées dans le *Guide* traitent de la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son

opposabilité, à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et à sa réalisation. Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles substantielles recommandées dans le *Guide*, autrement dit quand s'appliquent les règles matérielles de l'État adoptant la loi recommandée dans le *Guide* (voir chap. X sur le conflit de lois, par. 1 à 9 du *Guide*).

2. Le chapitre du *Guide* consacré au conflit de lois ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliquent les règles de conflit. Ce sont normalement les règles substantielles régissant les opérations garanties dans un État donné qui déterminent si un droit peut être qualifié de "sûreté réelle mobilière" aux fins du conflit de lois. Le *Guide* recommande toutefois aux États qui adoptent ses recommandations en suivant une approche non unitaire du financement d'acquisitions d'appliquer aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail les dispositions sur le conflit de lois prévues pour les sûretés réelles mobilières (voir recommandation 201). De même, (comme le terme "sûreté réelle mobilière" inclut le droit du cessionnaire dans le transfert pur et simple d'une créance; voir ce terme dans l'Introduction du *Guide*, section B sur la terminologie et l'interprétation), le *Guide* recommande à ces États d'appliquer aux cessions pures et simples de créances les dispositions relatives au conflit de lois prévues pour les cessions de créances à titre de garantie (voir recommandation 208).

3. En principe, un tribunal ou une autre autorité appliquera le droit de son État chaque fois qu'il lui faudra qualifier une question pour choisir la règle de conflit de lois appropriée. Comme, dans le *Guide*, les recommandations sur le conflit de lois ont été élaborées de façon à refléter les recommandations substantielles, un État qui adopte les deux types de recommandations n'aura aucune difficulté à les appliquer. Par contre, un État qui n'adopte pas les recommandations substantielles aura peut-être des difficultés à appliquer les recommandations sur le conflit de lois. Il peut même arriver qu'un tel État traite la constitution et l'opposabilité comme une question unique, alors que les recommandations du *Guide* relatives au conflit de lois en font deux questions distinctes qu'elles renvoient aux lois de différents États. Cette difficulté ne se posera en revanche pas pour la distinction entre la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel (renvoyée à la loi du lieu de situation du constituant; voir recommandation 208) et les droits et obligations réciproques des parties (renvoyés à la loi qu'elles auront choisie; voir recommandation 216). Il en est ainsi car le *Guide* suit l'approche adoptée dans la plupart des États, en établissant une distinction entre les droits réels (soumis à une loi précise) et les droits contractuels (généralement soumis à la loi choisie par les parties).

4. Dans tous les cas, la possibilité ou non de transférer ou de grever un bien (y compris une propriété intellectuelle) est une question préliminaire qui doit être traitée avant la constitution d'une sûreté réelle mobilière et qui ne relève pas des recommandations du *Guide* sur le conflit de lois. C'est pourquoi, lorsque les règles de conflit autres que celles recommandées dans le *Guide* renvoient les questions de transférabilité des droits de propriété intellectuelle à la loi de l'État où la propriété intellectuelle est protégée (*lex loci protectionis*; ci-après désignée par "*lex protectionis*"), le *Guide* n'a pas d'incidence sur elles. S'il en est ainsi, ce n'est pas parce que la loi recommandée dans le *Guide* donne préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, mais parce qu'elle ne traite pas ces questions. Les dispositions substantielles recommandées dans le *Guide* ne

prévalent pas non plus sur les dispositions légales limitant la transférabilité (voir recommandation 18).

5. Lorsque, pour telle ou telle question liée aux sûretés, les règles de conflit recommandées dans le *Guide* désignent la loi d'un État particulier, elles renvoient à l'ensemble des règles en vigueur dans cet État, c'est-à-dire non seulement les règles d'origine législative ou non législative (voir l'Introduction du *Guide*, par. 19) et les règles en vigueur dans certaines unités territoriales s'il s'agit d'un État à plusieurs unités (voir recommandations 224 à 227), mais aussi les règles en vigueur dans l'État qui découlent de traités, de conventions et d'autres obligations internationales. Ainsi, par exemple, si pour une question liée aux sûretés sur des propriétés intellectuelles, une règle de conflit désigne la loi d'un État dans lequel les règles sur la question ont été adoptées par une organisation régionale d'intégration économique, l'expression "loi de cet État" englobe aussi ces règles.

6. Enfin, il convient de noter que, comme toutes les autres dispositions de la loi recommandée dans le *Guide*, les dispositions relatives au conflit de lois ne s'appliquent pas non plus si elles sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État est partie (voir recommandation 4, al. b)).

2. Approche recommandée dans le *Guide*

7. Dans de nombreux États, les règles de conflit de lois qui régissent les sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels s'appliquent aussi aux sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles. Les règles de conflit de lois recommandées dans le *Guide* pour les sûretés sur des biens meubles incorporels s'appliqueraient également aux sûretés sur des propriétés intellectuelles, si aucune règle spécifique n'est prévue pour la propriété intellectuelle. Ainsi, si un État adopte les recommandations du *Guide* relatives au conflit de lois en les rendant applicables telles quelles aux sûretés sur des propriétés intellectuelles, la loi de l'État où se trouve le constituant s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle (voir recommandations 208 et 218, al. b)). Le lieu de situation du constituant est défini comme étant le lieu où s'exerce son administration centrale, c'est-à-dire son siège réel par opposition à son siège statutaire (voir recommandation 219). L'alinéa b) de la recommandation 4 s'appliquerait également et, en cas d'incompatibilité entre les règles de conflit recommandées dans le *Guide* et celles du droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle régissant spécifiquement la propriété intellectuelle, donnerait préséance aux secondes.

8. Une approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant a pour principal avantage de soumettre la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté à une loi unique. Ainsi, par exemple, un créancier garanti qui prend une sûreté sur tous les biens meubles incorporels présents et futurs (comprenant à la fois des propriétés intellectuelles et d'autres biens) d'un constituant pourrait obtenir cette sûreté, la rendre opposable, en assurer la priorité et la réaliser en se référant à la loi d'un seul État, même si les biens ont des liens avec plusieurs États. En particulier, les frais d'inscription et de recherche seraient réduits dans la plupart des cas, puisqu'un créancier garanti voulant procéder à une inscription et une personne souhaitant effectuer une recherche n'auraient à le faire

que dans l'État où est situé le constituant. Le coût des opérations s'en trouverait diminué et la sécurité renforcée, résultat susceptible d'avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit.

9. Un autre avantage particulièrement important d'une approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant découle du sens attribué dans le *Guide* au terme "lieu de situation" dans les cas où le constituant a un établissement dans plus d'un État (voir recommandation 219). Dans ce cas, le "lieu de situation" fait référence à l'État dans lequel le constituant exerce son administration centrale (c'est-à-dire son siège réel et non son siège statutaire). C'est aussi la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant sera probablement administrée (pour le sens de procédure principale, voir par exemple art. 2, al. b), et 16, par. 3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). En conséquence, la loi régissant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté et la loi régissant, par exemple, l'arrêt des poursuites, les actions en annulation, le traitement des actifs et le classement des créances seront probablement la loi d'un seul et même État. Il convient de noter que, bien que dans certains cas le siège statutaire soit plus facile à déterminer que le siège réel, y faire référence aboutirait à un conflit de la loi de ce siège avec la loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*), conflit qui serait probablement réglé en faveur de l'application de cette dernière.

10. L'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant présente cependant aussi des inconvénients. Par exemple, si le constituant n'est pas le propriétaire initial du bien grevé mais le bénéficiaire d'un transfert qui n'a pas pris le bien libre d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit constitué par le propriétaire initial ou intermédiaire, un créancier garanti potentiel devrait effectuer une recherche en dehors du registre des sûretés pour déterminer la chaîne des bénéficiaires de transferts. Il devrait ensuite effectuer une autre recherche dans le registre des sûretés (et, le cas échéant, dans le registre de la propriété intellectuelle approprié) pour déterminer si le propriétaire initial ou intermédiaire a constitué une sûreté sur la même propriété intellectuelle. En outre, si le propriétaire initial ou l'intermédiaire se trouve dans un État autre que l'État où se trouve le constituant, le créancier garanti devrait faire une recherche dans le registre des sûretés (et, le cas échéant, dans le registre de la propriété intellectuelle approprié) de cet autre État. De plus, même avec une règle de conflit de lois fondée sur le lieu de situation du constituant, il devrait être fait référence à la *lex protectionis* pour certaines questions. En particulier, comme la *lex protectionis* est généralement la loi qui s'applique à la propriété des droits de propriété intellectuelle, elle devrait régir un conflit de priorité entre une sûreté sur une propriété intellectuelle et le droit de propriété du bénéficiaire d'un transfert pur et simple de la propriété intellectuelle grevée, du moins pour ce qui est d'établir les droits du bénéficiaire présumé.

3. Loi de l'État de protection (*lex protectionis*)

11. Bien que les conventions internationales destinées à protéger la propriété intellectuelle ne traitent pas expressément de la loi applicable aux questions que soulèvent les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles, elles adoptent généralement le principe de territorialité. Il s'ensuit que, dans les États qui y sont parties, la loi applicable à la propriété et aux questions de protection des droits de propriété intellectuelle (par exemple les droits d'un propriétaire de la

propriété intellectuelle dans un État par rapport à ceux d'un preneur de licence dans un autre État) est la *lex protectionis*.

12. L'avis est exprimé¹ que le principe du traitement national consacré dans les conventions internationales protégeant la propriété intellectuelle impose implicitement une règle universelle en faveur de la *lex protectionis* pour déterminer la loi applicable non seulement à la propriété des droits de propriété intellectuelle, mais aussi aux questions se posant en relation avec les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles. Selon cet avis, des dispositions telles que l'article 2-1 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ou l'article 5-2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ne laissent pas de place à un facteur de rattachement autre que le lieu de protection du droit de propriété intellectuelle concerné. En d'autres termes, selon cet avis, les États parties à l'une de ces conventions internationales ne peuvent pas déterminer librement leurs règles de conflit de lois et nulle autre loi que la *lex protectionis* ne pourrait être appliquée aux questions soulevées par les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles.

13. Il résulte de ce point de vue que, pour pouvoir obtenir une sûreté efficace et réalisable sur un droit de propriété intellectuelle dans l'État où existe ce droit de propriété intellectuelle, un créancier garanti devrait satisfaire aux règles de cet État. Ainsi, le principal avantage de la *lex protectionis* est que, compte tenu du principe de territorialité adopté dans les conventions internationales sur la protection de la propriété intellectuelle, la même loi s'appliquerait aux sûretés réelles mobilières et aux droits de propriété sur une propriété intellectuelle.

14. Toutefois, l'approche fondée sur la *lex protectionis* en tant que loi applicable pour les sûretés réelles mobilières présente aussi des inconvénients, en particulier dans les opérations où un portefeuille de droits de propriété intellectuelle est utilisé pour garantir un crédit ou dans les opérations où les biens grevés ne sont pas limités à la propriété intellectuelle utilisée et protégée conformément à la loi d'un seul État.

4. Autres approches

15. L'avis mentionné plus haut (voir par. 12 et 13 ci-dessus), qui confère un effet étendu aux conventions internationales sur la propriété intellectuelle pour ce qui est de la loi applicable aux questions posées par les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles, ne fait pas l'unanimité. En outre, les précédents concernant l'application de la *lex protectionis* aux dites questions sont très rares. Même en supposant que ces conventions internationales puissent imposer une règle de conflit de lois déterminée, il n'est pas certain que son champ d'application couvre tous les aspects réels envisagés par le projet de supplément, à savoir la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et sa réalisation.

16. Par conséquent, même si l'on accepte l'effet étendu des conventions internationales sur la propriété intellectuelle, tel qu'il est décrit aux paragraphes 12 et 13 ci-dessus, il resterait nécessaire ou utile de formuler une recommandation sur la loi applicable aux questions soulevées par les sûretés réelles mobilières sur une

¹ Voir le rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session (A/CN.9/685, par. 90).

propriété intellectuelle. Une telle recommandation permettrait à tout le moins de combler les lacunes quant aux conséquences éventuelles d'un conflit de lois résultant des conventions internationales existantes sur la propriété intellectuelle.

17. Au vu des considérations susmentionnées, afin d'allier le respect de la loi applicable aux droits de propriété et les avantages découlant de l'application d'une loi unique pour les questions relatives aux sûretés, on pourrait combiner l'approche fondée sur la *lex protectionis* avec l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant de sorte que certaines questions pourraient relever de la deuxième et d'autres de la première.

18. Ainsi, les questions liées à une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle soumise à inscription dans un registre de la propriété intellectuelle peuvent être renvoyées à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu (cette approche est suivie dans le *Guide* pour ce qui est des sûretés grevant un bien meuble corporel qui sont soumises à inscription dans un registre spécialisé; voir recommandation 205). De même, les questions liées à une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle qui n'est pas soumise à une telle inscription peuvent être renvoyées à la loi de l'État où se trouve le constituant. Cette combinaison des deux approches risque toutefois d'accroître le coût et la complexité des transferts purs et simples de droits de propriété intellectuelle non enregistrables en vertu de la *lex protectionis*. En effet, le bénéficiaire d'un tel transfert devrait étudier la loi du lieu de situation du constituant pour vérifier que le transfert n'est pas soumis à une sûreté antérieure.

19. D'autres possibilités de combiner les deux approches existent. Par exemple, l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant pourrait faire l'objet d'une dérogation permettant à la *lex protectionis* de régir l'opposabilité et la priorité d'une sûreté par rapport aux droits du bénéficiaire d'un transfert pur et simple ou du preneur de licence de la propriété intellectuelle (que la *lex protectionis* prévoit ou non l'inscription d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle dans un registre de la propriété intellectuelle). Avec cette dérogation, un créancier garanti devrait également établir son droit en vertu de la *lex protectionis* uniquement lorsque la concurrence avec le bénéficiaire du transfert pur et simple pose problème. Dans le cas classique où l'insolvabilité du constituant est le principal problème (parce que celui-ci ne peut pas payer tous ses créanciers), il suffirait au créancier garanti de s'en remettre à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé, comme pour d'autres types de biens meubles incorporels (créances, par exemple).

20. Les avantages et inconvénients des approches susmentionnées (voir par. 7 à 20 ci-dessus) peuvent être illustrés par les exemples suivants (voir par. 21 à 35), qui traitent successivement de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation.

5. Exemples aux fins de la comparaison des différentes approches

a) Constitution

21. Le propriétaire de la propriété intellectuelle A situé dans l'État X constitue, par une convention unique conclue avec le créancier garanti 1 situé dans l'État Y, une sûreté sur un portefeuille de droits d'auteur protégés par les lois de l'État X et sur un portefeuille de brevets et de marques protégés par les lois de l'État Y.

22. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, le propriétaire A et le créancier garanti 1 devraient, pour constituer la sûreté sur l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (c'est-à-dire pour que la sûreté devienne efficace entre eux), respecter les règles de l'État X.

23. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, le propriétaire A et le créancier garanti 1 devraient respecter les règles de constitution prévues par l'État X pour le portefeuille de droits d'auteur protégés par les lois de cet État et les règles de l'État Y pour le portefeuille de brevets et de marques protégés par les lois de cet État. À défaut, la convention constitutive ne remplira qu'une partie de ses objectifs, à savoir emporter constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État X, mais non constitution d'une sûreté conformément à la loi de l'État Y.

24. Selon l'approche qui fait la distinction entre les sûretés sur des droits de propriété intellectuelle inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle et les sûretés sur des droits de propriété intellectuelle non inscriptibles, les questions relatives à la constitution d'une sûreté sur le portefeuille de droits d'auteur seraient renvoyées à la loi de l'État X (à supposer que les droits d'auteur ne puissent pas être inscrits dans un registre spécialisé); et les questions relatives à la constitution de la sûreté sur le portefeuille de brevets et de marques seraient renvoyées à la loi de l'État Y (à supposer que les droits sur les brevets et les marques puissent être inscrits dans un registre spécialisé dans cet État).

25. Lorsque la seule différence entre les lois des États X et Y en matière de constitution des sûretés réside dans le fait que, par exemple, l'État X, qui n'a pas adopté les recommandations du *Guide*, impose plus de formalités pour la convention constitutive que l'État Y qui, lui, les a adoptées, cette difficulté peut être surmontée en établissant la convention de sorte qu'elle satisfasse aux conditions de la loi la plus exigeante (même si cela augmentera le coût de l'opération). Toutefois, lorsque les États X et Y ont des exigences contradictoires en matière de formalités, cette solution ne suffira pas à surmonter la difficulté. De même, si la convention prévoit la constitution de sûretés sur de multiples droits de propriété intellectuelle présents et futurs, les difficultés sont insurmontables. C'est notamment le cas lorsqu'un État a adopté les recommandations du *Guide* (permettant la constitution de sûretés sur plusieurs biens présents et futurs par une convention unique) alors qu'un autre État n'autorise pas la constitution d'une sûreté sur des biens qui n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne permet pas de grever de multiples biens par une seule et même convention. Pour terminer, il convient de noter que, étant donné que la notion de constitution d'une sûreté signifie qu'elle est efficace entre le constituant et le créancier garanti (et non à l'égard des tiers), il ne semble pas que le principe sur lequel repose la *lex protectionis* impose de soumettre la constitution d'une sûreté à cette loi.

b) Opposabilité

26. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, il suffirait au créancier garanti 1 de satisfaire aux conditions d'opposabilité imposées par l'État X pour rendre sa sûreté opposable. Tout créancier potentiel du propriétaire de la propriété intellectuelle A pourrait se contenter d'effectuer une recherche dans le registre approprié de l'État X.

27. Par contre, selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce créancier garanti 1 devrait remplir les conditions d'opposabilité de l'État X pour rendre sa sûreté sur le portefeuille de droits d'auteur opposable et les conditions de l'État Y pour rendre sa sûreté sur le portefeuille de brevets et de marques opposable. Pour ce faire, il lui faudrait probablement inscrire plusieurs avis relatifs à la sûreté dans les registres appropriés de ces États, et les créanciers potentiels seraient tenus d'effectuer des recherches dans chacun d'entre eux. Cette situation pourrait se compliquer encore si certains de ces États prévoyaient l'inscription des avis dans le registre général des sûretés, si d'autres permettaient l'inscription dans un registre spécialisé et si d'autres encore utilisaient un registre de la propriété intellectuelle imposé conformément à l'alinéa b) de la recommandation 4. Cet inconvénient serait atténué s'il existait un registre international dans lequel il serait possible d'inscrire des avis relatifs aux sûretés dont l'opposabilité est régie par la loi de différents États.

28. Selon l'approche qui fait la distinction entre les sûretés grevant des propriétés intellectuelles inscriptibles dans un registre de la propriété intellectuelle et les sûretés grevant des propriétés intellectuelles non inscriptibles, le créancier garanti 1 devrait remplir les conditions d'opposabilité de l'État X en ce qui concerne la sûreté sur le portefeuille de droits d'auteur et les conditions d'opposabilité de l'État Y en ce qui concerne la sûreté sur le portefeuille de brevets et de marques.

c) Priorité

29. Si le propriétaire A constitue une autre sûreté sur ses portefeuilles de brevets et de marques protégés dans l'État Y au profit du créancier garanti 2, un conflit de priorité naîtra entre les sûretés du créancier garanti 1 et du créancier garanti 2 grevant les brevets et les marques protégés dans l'État Y.

30. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, ce conflit de priorité serait régi par la loi de l'État X dans lequel est situé le constituant. Selon l'approche fondée sur la *lex protectionis*, ce conflit serait en revanche régi par les lois de l'État Y. Ces dernières régiraient aussi ce conflit selon l'approche renvoyant la priorité d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle qui peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.

31. Un autre exemple permettra de comprendre comment la *lex protectionis* s'appliquera en cas de transferts successifs de la propriété lorsque l'auteur du transfert et chacun des bénéficiaires constituent des sûretés. A, situé dans l'État X, est propriétaire d'un brevet dans cet État. Il consent une sûreté sur le brevet au créancier garanti 1, puis transfère le brevet à B, situé dans l'État Y, qui constitue une sûreté au profit du créancier garanti 2. C'est la *lex protectionis*, c'est-à-dire la loi de l'État X, qui se trouve être aussi la loi du lieu de situation du constituant, qui détermine si le bénéficiaire B obtient le brevet grevé de la sûreté du créancier garanti 1. C'est aussi la *lex protectionis* qui détermine si le créancier garanti 2 prend sa sûreté sur le brevet du bénéficiaire du transfert B soumise à la sûreté du créancier garanti 1 (normalement, selon le principe *nemo dat*, le créancier garanti 2 n'acquerra pas plus de droits que B n'en avait).

d) Réalisation

32. Si le propriétaire de la propriété intellectuelle A a des activités dans les États X, Y et Z et utilise une marque particulière conformément à la loi de chacun des États, il est fort probable que les droits attachés à la marque aient plus de valeur pris ensemble que séparément parce qu'ils forment un tout. Ainsi, si A consent une sûreté sur ces marques, le créancier garanti 1 préférera probablement disposer de ces dernières dans leur ensemble en cas de défaillance de A car il en retirerait sans doute un produit plus important (ce qui profiterait également à A). Mais ceci risque de s'avérer difficile, voire impossible, si les États X, Y et Z soumettent la disposition des droits de propriété intellectuelle grevés à des règles différentes. Si l'État X autorise uniquement la disposition judiciaire d'un bien grevé, alors que les États Y et Z autorisent la disposition non judiciaire, il risque d'être impossible de disposer des droits attachés à la marque par une opération unique. Cependant, même si tous les États concernés autorisent la disposition non judiciaire, les différences dans les procédures requises peuvent rendre la disposition des droits dans une opération unique au mieux inefficace.

33. En outre, la réalisation d'une sûreté ne se fait pas en une seule fois; il s'agit au contraire d'une série d'actes. Ainsi, si A est défaillant, le créancier garanti 1, qui est situé dans l'État Y, peut aviser A, situé dans l'État X, qu'il réalisera la sûreté grevant ses droits attachés à la marque protégés par les lois des États X, Y et Z. Le créancier peut ensuite informer le public de la disposition de ces droits dans les États X, Y et Z; il peut même le faire dans le monde entier à l'aide de l'Internet. Il peut ensuite trouver un acheteur situé dans l'État Z, qui achète le bien grevé conformément à un contrat régi par les lois de l'État X.

34. Selon une approche fondée sur la *lex protectionis* (ou la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu), le créancier garanti 1 devrait réaliser sa sûreté sur la marque protégée dans l'État X en accord avec la loi de cet État, sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Y en accord avec la loi de cet État et sa sûreté sur la marque protégée dans l'État Z en accord avec la loi de cet État. Selon l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant, la réalisation de la sûreté sur la marque serait régie par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant A. Il convient de noter que, quelle que soit l'approche suivie, si le créancier garanti 1 vend la marque grevée, le bénéficiaire du transfert doit enregistrer ses droits dans le registre des marques de chaque État où la marque est enregistrée et protégée, c'est-à-dire les États X, Y et Z.

35. Lorsque le constituant A, situé dans l'État X, constitue une sûreté sur un brevet enregistré auprès de l'office national des brevets de l'État Y et que, par la suite, il devient insolvable, la loi applicable à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté sera la loi de l'État X ou Y, selon que l'État du for a adopté l'approche fondée sur la loi du lieu de situation du constituant ou celle fondée sur la *lex protectionis*. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'application de ces lois est soumise à la *lex fori concursus* pour des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit (voir recommandation 223). Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'État X où se situe le constituant, la *lex fori concursus* et la loi du lieu de situation du constituant seront la loi d'un seul et même État. Mais il n'en sera pas nécessairement ainsi lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un autre État où, par exemple, le constituant a des biens.

e) **Changement du lieu de situation du constituant ou du bien grevé et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation**

36. Il convient de noter que, lorsque le constituant ou le bien grevé se déplace d'un État vers un autre État ayant adopté les recommandations du *Guide*, des règles différentes s'appliquent. Selon ces dernières, si le constituant ou le bien grevé (selon ce qui détermine la loi applicable conformément aux dispositions pertinentes sur le conflit de lois) se déplace dans un État qui a adopté les recommandations du *Guide*, une sûreté reste opposable pendant une brève période sans que le créancier garanti ne doive entreprendre quoi que ce soit, et ensuite, uniquement si les conditions d'opposabilité imposées par l'État du nouveau lieu de situation sont remplies (voir recommandation 45).

37. Par exemple, le constituant A, situé dans l'État X, constitue une sûreté en faveur du créancier garanti 1 sur un droit d'auteur protégé dans les États X et Y. Ensuite, A se déplace dans l'État Y, qui a adopté les recommandations du *Guide*, et constitue une autre sûreté sur le droit d'auteur en faveur du créancier garanti 2 dans l'État Y. Si ce dernier a adopté les recommandations du *Guide*, la sûreté du créancier garanti 1 a priorité sur la sûreté du créancier garanti 2 pendant une brève période, sans que le créancier garanti 1 ne doive entreprendre quoi que ce soit, et ensuite, uniquement si ce dernier remplit les conditions d'opposabilité imposées par l'État Y. C'est la conséquence d'une règle fondée sur la recommandation 45 et non d'une règle de conflit de lois. Si A, au lieu de se déplacer dans l'État Y, transfère le droit d'auteur au bénéficiaire B situé dans l'État Y, comme il est mentionné plus haut (voir par. 31 ci-dessus), c'est la *lex protectionis* qui détermine si le bénéficiaire B obtient le droit d'auteur soumis à la sûreté du créancier garanti 1. De même, c'est cette loi qui déterminera si le créancier garanti 2 prend sa sûreté soumise à la sûreté du créancier garanti 1.

38. Il convient aussi de noter que, selon la loi recommandée dans le *Guide*, le moment qui doit servir de référence pour déterminer le lieu de situation du constituant, pour les questions de constitution, est le moment de la constitution présumée de la sûreté réelle mobilière, et pour les questions d'opposabilité et de priorité, le moment où ces questions se posent (voir recommandation 220). Par conséquent, selon la loi recommandée dans le *Guide*, la constitution de la sûreté du créancier garanti 1 serait soumise à la loi de l'État X et celle de la sûreté du créancier garanti 2 à la loi de l'État Y. L'opposabilité et la priorité de la sûreté du créancier garanti 1, par rapport au bénéficiaire du transfert B et au créancier garanti 2, seraient soumises, au terme d'un bref délai de grâce (voir recommandation 45), à la loi de l'État Y.

B. Loi applicable aux questions contractuelles

39. D'après la loi recommandée dans le *Guide*, la loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (les aspects contractuels de la convention constitutive de sûreté) est choisie librement par les parties. En l'absence de choix par ces dernières, la loi applicable à ces questions est celle qui régit la convention constitutive de sûreté telle qu'elle est déterminée par les règles de conflit de lois

généralement applicables aux obligations contractuelles (voir chap. X du *Guide*, par. 61 et recommandation 216).

40. Étant donné la grande acceptabilité de l'application du principe de l'autonomie de la volonté aux questions contractuelles², la même règle devrait s'appliquer aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti dans le cas des sûretés sur la propriété intellectuelle.

Recommandation 253³

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle qui peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. La loi applicable à ces questions pour ce qui est d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle qui ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.

Variante C

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Toutefois, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté par rapport au droit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

XI. Transition

41. Selon les recommandations du *Guide*, la loi devrait déterminer la date à laquelle elle entrera en vigueur (la "date d'entrée en vigueur") et préciser dans quelle mesure elle s'appliquera, après cette date, aux sûretés antérieures à cette date (voir le chapitre XI sur la transition, par. 1 à 3).

42. Les différentes approches prévues par le *Guide* pour définir une date d'entrée en vigueur donnent aux États différentes options. L'approche retenue, quelle qu'elle

² Voir http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl09f.pdf sur l'élaboration d'un instrument futur sur le choix de la loi dans les contrats internationaux par la Conférence de La Haye de droit international privé.

³ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre X sur le conflit de lois en tant que recommandation 214 *bis*.

soit, offrira un mécanisme clair pour déterminer le moment à partir duquel la loi ou ses différents éléments entreront en vigueur (chapitre XI sur la transition, par. 4 à 6). Ni le *Guide* ni le projet de supplément ne recommandent que la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi relatives aux sûretés sur des propriétés intellectuelles soit différente de celle à laquelle les autres dispositions de la loi entreront en vigueur. Par conséquent, les approches examinées au chapitre XI du *Guide* peuvent être appliquées telles quelles pour déterminer la date à laquelle les dispositions relatives aux sûretés sur des propriétés intellectuelles entreront en vigueur. Seuls les deux points supplémentaires suivants doivent être pris en compte: a) la loi recommandée dans le *Guide* doit entrer en vigueur dans son intégralité soit en même temps, soit avant le moment où les dispositions relatives aux sûretés sur des propriétés intellectuelles entreront en vigueur; et b) les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle doivent entrer en vigueur en une fois. En d'autres termes, les États peuvent retarder la mise en application effective des dispositions relatives aux sûretés sur des propriétés intellectuelles jusqu'après l'entrée en vigueur de la loi générale, mais lorsqu'ils décident de les mettre en application, ils doivent le faire de manière à ce qu'elles entrent toutes en vigueur au même moment.

43. Le *Guide* contient également des recommandations sur la protection des droits acquis avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le principe général veut que celle-ci s'applique même aux sûretés existant à la date d'entrée en vigueur. Par conséquent, s'il devient possible d'inscrire un avis relatif à une sûreté au registre général des sûretés ou au registre approprié de la propriété intellectuelle, les États devront prévoir un délai de grâce permettant d'inscrire les avis relatifs à de telles sûretés (ce qui permettra de préserver à la fois l'opposabilité et la priorité existant aux termes de la loi antérieure). Ce principe et ses incidences sont présentés plus en détail dans le *Guide* (voir chapitre XI sur la transition, par. 20 à 26).

44. Une question particulière qui se pose en relation avec la réalisation est celle de savoir si une procédure de réalisation ouverte avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi doit être abandonnée et une nouvelle procédure engagée sous l'empire de la nouvelle loi. Pour éviter cela, la loi recommandée dans le *Guide* prévoit que, une fois la procédure de réalisation ouverte auprès d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral dont les décisions sont contraignantes, elle peut être poursuivie sous l'empire de la loi antérieure. Toutefois, le créancier garanti procédant à la réalisation peut aussi abandonner la procédure engagée sous l'empire de la loi antérieure et en engager une nouvelle sous l'empire de la nouvelle loi, en particulier si la nouvelle loi recommandée dans le *Guide* offre aux créanciers garantis des voies de droit qui n'étaient pas prévues dans la loi antérieure (voir chapitre XI sur la transition, par. 27 à 33). Ce principe devrait être applicable de la même manière aux procédures de réalisation ouvertes en relation avec des sûretés grevant des propriétés intellectuelles.

45. Comme les recommandations du *Guide* relatives aux sûretés sur des propriétés intellectuelles prévoient des possibilités de financement et d'opération qui n'existaient pas auparavant dans de nombreux États, on pourrait penser que des dispositions particulières sont nécessaires pour réglementer la transition vers la nouvelle loi. Il ressort toutefois de l'analyse ci-dessus que les principes transitoires de base énoncés dans la loi recommandée par le *Guide* peuvent être appliqués tels quels au régime des

sûretés sur des propriétés intellectuelles que recommande le projet de supplément. Aucune recommandation supplémentaire n'est requise à cette fin.

XII. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence de propriété intellectuelle sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence

[Note à l'intention du Groupe de travail: pour les paragraphes 46 à 54, voir A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.7, par. 24 à 42, A/CN.9/685, par. 95, A/CN.9/WG.VI/WP.87, A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40, A/CN.9/671, par. 125 à 127, A/CN.9/670, par. 116 à 122, A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, chap. XI, A/CN.9/667, par. 129 à 140, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, par. 58 à 72, A/CN.9/649, par. 98 à 103 et A/63/17, par. 326.]

A. Remarques générales

46. Un donneur ou un preneur de licence de propriété intellectuelle dans le cadre d'un accord de licence peut constituer une sûreté réelle mobilière sur les droits dont il jouit en vertu de cet accord. Si le constituant est le donneur, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances dues par le preneur de même que sur le droit de faire respecter les clauses non monétaires de l'accord de licence et sur celui de mettre fin à l'accord en cas de manquement. Si le constituant est le preneur, son créancier garanti aura généralement une sûreté sur le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence sous réserve des conditions de cet accord, mais non sur la propriété intellectuelle elle-même. Le créancier garanti peut ensuite accomplir les formalités nécessaires pour rendre la sûreté opposable (voir recommandation 29).

47. La loi sur l'insolvabilité respectera généralement l'efficacité de cette sûreté sous réserve des actions en annulation (voir recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité). Elle respectera aussi, sous réserve d'exceptions limitées et clairement énoncées, la priorité d'une sûreté qui est opposable (voir recommandations 238 et 239). Cependant, si le donneur ou le preneur de la licence fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, cette dernière peut avoir des effets sur les droits des parties à l'accord de licence, qui se répercuteront sur une sûreté réelle mobilière qu'il aura consentie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, l'insolvabilité de l'une des parties dans cette chaîne aura une incidence sur plusieurs autres parties de cette même chaîne et sur leurs créanciers garantis. Par exemple, l'insolvabilité d'une partie se trouvant au milieu de la chaîne aura un impact sur les preneurs et donneurs de sous-licences en aval mais n'aura aucun effet juridique sur ceux qui se trouvent en amont. Les clauses d'un accord de licence peuvent prévoir différents résultats (par exemple, résiliation automatique de toutes les licences en cas d'insolvabilité de tout preneur de licence en amont ou en aval de la chaîne à partir du preneur de licence insolvable), mais ces résultats seront soumis à des limitations en vertu de la loi sur l'insolvabilité (par exemple, rendant inopposables les clauses de résiliation automatique).

48. En dehors de l'insolvabilité, des dispositions légales ou contractuelles peuvent limiter la possibilité pour le donneur et le preneur de licence de consentir et de réaliser une sûreté sur le droit de recevoir paiement des redevances. La loi sur les opérations garanties n'aura généralement aucune incidence sur les limitations légales, sauf essentiellement si elles ont trait aux créances futures, aux créances faisant l'objet d'une cession globale ou partielle au seul motif qu'il s'agit de créances futures, ou aux créances faisant l'objet d'une cession globale ou partielle (voir recommandation 23). La loi sur les opérations garanties peut avoir une incidence sur les limitations contractuelles (voir recommandations 18, 24 et 25). Il revient à la loi sur l'insolvabilité de déterminer quel effet peut avoir, le cas échéant, une procédure d'insolvabilité sur ces limitations à la cession de créances indépendamment de la loi sur les opérations garanties (voir recommandations 83 à 85 du Guide sur l'insolvabilité).

49. Le Guide sur l'insolvabilité contient des recommandations détaillées concernant l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur les contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant n'ont pleinement exécuté leurs obligations contractuelles respectives (voir recommandations 69 à 86 du Guide sur l'insolvabilité). Un accord de licence pourrait entrer dans cette catégorie de contrats s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et s'il n'est pas venu à échéance (de sorte que le donneur est encore redevable d'obligations). Il n'entre en revanche pas dans cette catégorie s'il a été pleinement exécuté par le preneur moyennant paiement anticipé du montant total des redevances dues au donneur, ce qui peut être le cas pour un accord de licence exclusive, et en l'absence d'obligations continues de la part du donneur. Le débiteur insolvable pourrait être le donneur (qui doit au preneur le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence) ou le preneur (tenu de payer les redevances et d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence conformément à l'accord de licence).

50. Le Guide sur l'insolvabilité recommande que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat en cas de demande d'ouverture ou d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou de nomination d'un représentant de l'insolvabilité, soit inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur (voir recommandation 70 du Guide sur l'insolvabilité). Il recommande également que la loi sur l'insolvabilité spécifie les contrats qui sortent du champ d'application de cette recommandation, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail (voir recommandation 71 du Guide sur l'insolvabilité).

51. Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité indique que le droit de certains États oblige à respecter ces clauses dans certains cas et justifie cette approche, notamment par "la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel" (voir deuxième partie, chap. II, par. 115). Par exemple, il peut être donné effet aux clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme contenues dans les accords de licence de propriété intellectuelle du fait que l'insolvabilité du preneur de licence risque d'avoir un impact négatif non seulement sur les droits du donneur mais également sur le droit de propriété intellectuelle même. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'insolvabilité du preneur d'une licence

de marque utilisée sur des produits peut avoir une incidence sur la valeur marchande de la marque et sur les produits portant la marque. Quoi qu'il en soit, les clauses qui, dans les accords de licence de propriété intellectuelle, stipulent, par exemple, que la licence prend fin après X années ou suite à un manquement grave, tel que le fait pour le preneur de ne pas améliorer ou commercialiser les produits mis sous licence en temps voulu (en d'autres termes, lorsque le fait générateur de la résiliation automatique n'est pas l'insolvabilité) ne sont pas concernées (voir note de bas de page 39, recommandation 72 du Guide sur l'insolvabilité).

52. Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité note aussi que le droit d'autres États prévoit l'annulation de ces clauses et en explique les raisons (voir deuxième partie, chap. II, par. 116 et 117). Il indique également que, bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation de ce type de clauses en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette approche ne s'est pas encore généralisée. À cet égard, il évoque les tensions inévitables entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de nuire aux opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales des contrats. Le commentaire conclut en indiquant qu'il serait souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'annulation de telles clauses (voir deuxième partie, chap. II, par. 118).

53. Les recommandations du Guide sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre ou de rejeter un accord de licence dans son intégralité s'il n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties (voir recommandations 72 et 73 du Guide sur l'insolvabilité). Dans le cas d'un accord de licence unique, sa poursuite ou son rejet par le représentant de l'insolvabilité de l'une des parties aura une incidence sur les droits de l'autre partie. Dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence, la poursuite ou le rejet d'un accord de licence aura un impact sur les droits de toutes les parties se trouvant en aval. Enfin, dans le cas d'accords de licences réciproques (dans lesquels le donneur octroie une licence, le preneur développe ensuite le produit mis sous licence puis octroie au donneur une licence sur ce produit), la poursuite ou le rejet d'un accord de licence aura une incidence sur chaque partie, dans sa qualité aussi bien de donneur que de preneur de licence.

54. Si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre un accord de licence qui n'a pas été pleinement exécuté par les deux parties et qui a été violé par le débiteur insolvable (donneur ou preneur de licence), le manquement doit être réparé, le cocontractant non défaillant retrouver pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et le représentant de l'insolvabilité être en mesure de s'acquitter de l'accord (voir recommandation 79 du Guide sur l'insolvabilité). Dans ce cas, la procédure d'insolvabilité n'aura aucune incidence sur la situation juridique d'une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur de licence. En revanche, si le représentant de l'insolvabilité décide de rejeter l'accord de licence, la sûreté octroyée par le donneur ou le preneur en subira des conséquences (pour bien comprendre le traitement des contrats en cas d'insolvabilité, voir deuxième partie, chap. II, sect. E du Guide sur l'insolvabilité).

B. Insolvabilité du donneur de licence

55. Si le représentant de l'insolvabilité du donneur de licence décide de poursuivre l'exécution d'un accord de licence, cette décision n'aura pas d'impact sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou par le preneur. Si le donneur est le débiteur insolvable et a octroyé une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre cet accord, celui-ci sera maintenu, le preneur restera tenu de verser des redevances au titre de l'accord et le créancier garanti du donneur restera titulaire d'une sûreté sur les versements de ces redevances. En cas d'insolvabilité du donneur de licence toujours, si le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, le donneur restera tenu de l'autoriser à utiliser sans restriction la propriété intellectuelle mise sous licence dans le cadre de l'accord et le créancier garanti du preneur restera titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant de l'accord.

56. Par contre, si le représentant de l'insolvabilité du donneur décide de rejeter l'accord de licence, cette décision aura une incidence sur une sûreté réelle mobilière consentie par le donneur ou le preneur. Si le donneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, ce dernier n'aura plus effet et le preneur ne sera plus tenu de payer de redevances au titre de l'accord, si bien que le créancier garanti du donneur ne pourra plus affecter de redevances à l'exécution de l'obligation garantie. En cas d'insolvabilité du donneur de licence toujours, si le preneur a constitué une sûreté sur ses droits découlant de l'accord de licence, il ne sera plus autorisé à utiliser la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti perdra sa sûreté sur le bien grevé (à savoir le droit pour le preneur d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle en question).

57. Dans la pratique, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du donneur découlant d'un accord de licence peut se protéger des conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur. Un tel créancier garanti peut, par exemple, se protéger en obtenant et en rendant opposables non seulement une sûreté sur les droits du donneur découlant de l'accord (principalement les redevances), mais également une sûreté sur la propriété intellectuelle elle-même. Ainsi, si le représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence, le créancier garanti du donneur (sous réserve de l'arrêt des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières en cas de procédure d'insolvabilité) peut réaliser sa sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant, avec un nouveau preneur, un nouvel accord de licence similaire à celui qui a été rejeté, et en rétablissant ainsi le flux de redevances (voir recommandation 149). Les montants tirés de la disposition de la propriété intellectuelle grevée ou les redevances reçues au titre de ce nouvel accord de licence seraient ensuite versés au créancier garanti conformément aux recommandations 152 à 155. Dans les faits, toutefois, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

58. De même, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits du preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger des conséquences du rejet de cet accord par le représentant de l'insolvabilité du donneur, par exemple, en refusant d'octroyer le prêt garanti à moins que le preneur n'obtienne et ne rende opposable une sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence pour garantir

ses droits découlant de l'accord de licence. De cette façon, si le représentant de l'insolvabilité du donneur rejette l'accord de licence, le preneur (sous réserve de l'arrêt des poursuites et de toute autre limite imposée par la loi sur l'insolvabilité à la réalisation des sûretés réelles mobilières en cas de procédure d'insolvabilité) peut réaliser la sûreté sur la propriété intellectuelle mise sous licence en disposant de celle-ci ou en concluant un nouvel accord de licence avec un nouveau donneur, les droits ainsi obtenus constituant un produit sur lequel le créancier garanti détiendrait une sûreté. Dans les faits, ce type d'arrangement ne serait intéressant que pour des accords de licence importants.

59. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, si l'une des parties au moins a pleinement exécuté ses obligations au titre d'un accord de licence, ce dernier n'est pas soumis aux recommandations du Guide sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. Lorsque ni le donneur ni le preneur de licence ne se sont pleinement acquittés de leurs obligations respectives en vertu de l'accord de licence, en revanche, l'accord pourrait être rejeté conformément à ces recommandations. Afin de protéger les investissements réalisés sur le long terme par les preneurs de licence et compte tenu du fait qu'un preneur peut être tributaire de l'utilisation des droits découlant d'un accord de licence, certains États ont adopté des règles pour protéger davantage le preneur (et, en fait, son créancier garanti) lorsque l'accord de licence pourrait normalement être rejeté en cas d'insolvabilité du donneur. Cette protection est particulièrement importante dans une chaîne d'accords de licence et de sous-licence où plusieurs parties risquent d'être affectées par l'insolvabilité de l'une d'elles.

60. Par exemple, certains États autorisent le preneur à continuer d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence, après rejet de l'accord de licence par le représentant de l'insolvabilité du donneur, à condition qu'il continue de verser les redevances à la masse, conformément à l'accord de licence, et de s'acquitter des autres obligations découlant de l'accord. La seule obligation que cette règle impose à la masse du donneur est celle de continuer à honorer les conditions de l'accord de licence, ce qui ne représente pas une charge excessive pour les ressources de cette masse. Cette solution a pour effet de concilier l'intérêt qu'a le donneur insolvable de se soustraire à des obligations trop lourdes découlant de l'accord de licence et celui qu'a le preneur de protéger son investissement dans la propriété intellectuelle mise sous licence.

61. Dans d'autres États, la loi sur l'insolvabilité ne permet pas de rejeter les accords de licence car: a) une disposition qui exclut les baux immobiliers du champ d'application des règles de l'insolvabilité concernant le rejet des contrats en cas d'insolvabilité du bailleur s'applique par analogie aux accords de licence en cas d'insolvabilité du donneur de licence; b) les accords de licence exclusive donnent naissance à des droits réels qui ne peuvent être rejetés (mais qui sont susceptibles d'annulation); c) les accords de licence ne sont pas considérés comme des contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés par les deux parties étant donné que le donneur de licence a déjà rempli ses obligations en octroyant la licence; d) ils sont inscrits dans le registre de la propriété intellectuelle approprié. Dans ces États, le preneur peut conserver la licence pour autant qu'il verse les redevances dues au titre de l'accord de licence.

62. Dans d'autres États encore, il est permis de rejeter un accord de licence, sous réserve de l'application du principe "d'abstraction". Selon ce principe, la licence ne

dépend pas de l'efficacité de l'accord de licence sous-jacent. Aussi, le preneur peut-il conserver le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence, même si l'accord a été rejeté par le représentant de l'insolvabilité du donneur. Le représentant de l'insolvabilité peut néanmoins demander le retrait de la licence en invoquant l'enrichissement sans cause. Jusqu'au moment du retrait, le preneur est tenu, en vertu du principe de l'enrichissement sans cause, de verser, pour l'utilisation de la propriété intellectuelle mise sous licence, un montant égal à celui des redevances dues au titre de l'accord de licence qui a été rejeté.

63. Il convient de noter que selon le Guide sur l'insolvabilité, "Il peut être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas des contrats de travail, des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes, et des contrats avec l'État, tels que les accords de licence et les marchés publics" (voir Guide sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 143). Afin de protéger les investissements à long terme ainsi que les attentes des preneurs de licence et de leurs créanciers contre la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité du donneur de renégocier les accords de licence existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les États souhaiteraient peut-être envisager d'adopter des règles semblables à celles qui sont décrites dans les paragraphes qui précèdent. Ces règles devraient prendre en compte les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité et l'effet global sur la masse de l'insolvabilité de même que le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle. Les États voudront peut-être aussi examiner dans quelle mesure les pratiques commerciales décrites aux paragraphes 30 et 31 pourraient fournir des solutions pratiques adéquates.

C. Insolvabilité du preneur de licence

64. Si le preneur de licence est le débiteur insolvable et a consenti une sûreté réelle mobilière sur ses droits découlant de l'accord de licence, et si son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'accord de licence, ce dernier sera maintenu, le preneur conservera le droit en vertu de l'accord de licence d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence (dans la mesure stipulée par l'accord) et son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur ce droit. Dans ce cas, si le donneur de licence a consenti une sûreté réelle mobilière sur son droit de percevoir les redevances au titre de l'accord de licence, son créancier garanti restera titulaire d'une sûreté sur le droit du donneur de recevoir paiement des redevances.

65. Lorsque, en revanche, le représentant de l'insolvabilité du preneur décide de rejeter l'accord de licence et que le preneur a consenti une sûreté sur ses droits découlant de cet accord, celui-ci ne produira plus effet, le preneur n'aura plus le droit d'utiliser ou d'exploiter la propriété intellectuelle mise sous licence et son créancier garanti ne pourra pas utiliser la valeur des droits du preneur découlant de l'accord pour satisfaire l'obligation garantie. Dans ce cas également, si le donneur a consenti une sûreté sur son droit de recevoir paiement des redevances au titre de l'accord de licence, il perdra ses redevances et son créancier garanti perdra son bien grevé.

66. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les droits d'un donneur ou preneur découlant d'un accord de licence peut essayer de se protéger contre les conséquences du rejet de l'accord par le représentant de l'insolvabilité du preneur en adoptant des mesures comparables à celles qui sont décrites plus haut (voir par. 32 et 33 ci-dessus).

67. Lorsque le preneur est insolvable, il importe de faire en sorte que soit le donneur perçoive les redevances et le preneur s'acquitte des autres obligations découlant de l'accord de licence, soit le donneur de licence ait le droit de mettre fin à l'accord de licence. Les règles de la loi sur l'insolvabilité, notamment celles qui ont trait à la réparation d'un manquement à l'accord de licence en cas de poursuite de ce dernier (voir par. 29 ci-dessus), sont essentielles. Il est probable en outre, lorsque le preneur insolvable a constitué une sûreté sur son droit de recevoir paiement de redevances au titre d'accords de sous-licence, que celles-ci constituent une source de financement pour payer les redevances qu'il doit lui-même au donneur de licence. Si le créancier garanti du preneur revendique toutes les redevances et si le preneur n'a pas d'autre source pour payer les redevances qu'il doit au donneur, il est essentiel que ce dernier soit autorisé à mettre fin à la licence pour protéger ses droits.

Appendice

Le texte ci-après décrit brièvement l'incidence de l'insolvabilité d'un donneur ou d'un preneur de licence sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence.

	<i>Le donneur de licence est insolvable</i>	<i>Le preneur de licence est insolvable</i>
<i>Le donneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit de percevoir des redevances)</i>	<p>Question:</p> <p>Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse:</p> <p>Le preneur reste tenu de payer les redevances dues au titre de l'accord de licence et le créancier garanti du donneur reste titulaire d'une sûreté à la fois sur le droit du donneur de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.</p>	<p>Question:</p> <p>Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse:</p> <p>Le donneur continue d'avoir le droit de percevoir des redevances au titre de l'accord de licence et, partant, son créancier garanti reste titulaire d'une sûreté à la fois sur son droit de percevoir des redevances au titre de l'accord et sur le produit de ce droit, autrement dit, toute redevance versée.</p>
	<p>Question:</p> <p>Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse:</p> <p>Le preneur n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet de l'accord, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.</p>	<p>Question:</p> <p>Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?</p> <p>Réponse:</p> <p>Le preneur n'est pas tenu de payer de redevances pour la période postérieure au rejet de l'accord, mais reste tenu de régler les redevances impayées pour la période antérieure au rejet; le créancier garanti du donneur a donc une sûreté sur le droit de recouvrer les redevances dues avant le rejet et sur les redevances payées avant le rejet mais n'a pas de sûreté sur les droits aux redevances futures car aucune redevance ne sera due à l'avenir au titre de l'accord rejeté.</p>

	<i>Le donneur de licence est insolvable</i>	<i>Le preneur de licence est insolvable</i>
<i>Le preneur constitue une sûreté sur ses droits découlant d'un accord de licence (essentiellement le droit d'utiliser la propriété intellectuelle)</i>	Question: Qu'advient-il si le donneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?	Question: Qu'advient-il si le preneur décide de poursuivre l'exécution de l'accord de licence conformément à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?
	Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.	Réponse: Le preneur conserve les droits que lui confère l'accord de licence et son créancier garanti conserve une sûreté sur ces droits.
	Question: Qu'advient-il si le donneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?	Question: Qu'advient-il si le preneur ou son représentant de l'insolvabilité rejette l'accord de licence en vertu de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 69 à 86 du <i>Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité</i>)?
Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.	Réponse: Le preneur n'a pas de droits au titre de l'accord pour la période postérieure au rejet, mais conserve les droits qu'il pourrait encore avoir pour la période antérieure au rejet; son créancier garanti conserve une sûreté sur les droits qu'a le preneur pour la période antérieure au rejet.	

^a Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Annexe I

Terminologie et recommandations du projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.	
Terminologie.	
Recommandations 243 à 253	

Annexe I

Terminologie et recommandations du projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

Terminologie¹

Le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” englobe une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle, à condition que la sûreté garantisse l’obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d’achat du bien grevé ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d’acquérir ce bien.

Le terme “biens de consommation” englobe une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

¹ Si le présent texte pouvait être inclus dans le *Guide*, il figurerait dans les définitions, à la section B sur la terminologie et l’interprétation.

Le terme “stocks” inclut une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle que le constituant utilise ou a l'intention d'utiliser pour la vendre ou la mettre sous licence dans le cours normal de ses affaires.

Recommandations

Sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle²

243. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un bien meuble corporel pour lequel est utilisée une propriété intellectuelle, sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière sur le bien meuble corporel ne s'étend pas à la propriété intellectuelle et une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle ne s'étend pas au bien meuble corporel. Toutefois, dans la mesure autorisée par le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle, la présente recommandation ne limite pas les moyens de réalisation d'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur le bien meuble corporel ou sur la propriété intellectuelle.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les mots “sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté”, qui figurent dans la première phrase de la recommandation, devraient être conservés. Il voudra peut-être noter que la recommandation 10 indique que la loi devrait prévoir que le constituant et le créancier garanti peuvent, par convention et sauf disposition contraire, déroger aux dispositions de la loi relatives à leurs droits et obligations respectifs. Partant, la référence à l'autonomie des parties dans la première phrase de la présente recommandation peut soulever des doutes quant à l'application du principe de l'autonomie des parties à d'autres dispositions de la loi qui ne contiennent pas une telle référence et poser ainsi des problèmes d'interprétation. Le Groupe de travail voudra aussi peut-être examiner si la deuxième phrase de la recommandation pourrait être insérée dans le commentaire, étant donné qu'elle traite une question examinée dans le chapitre sur la réalisation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.5, par. 24 à 27).]

Incidence du transfert d'une propriété intellectuelle grevée sur l'efficacité de l'inscription³

244. La loi devrait prévoir que le transfert d'une propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière n'a pas d'incidence sur l'efficacité de l'inscription de cette sûreté. Le créancier garanti n'a donc pas besoin d'inscrire un avis de modification indiquant le nom du bénéficiaire du transfert de la propriété intellectuelle grevée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la deuxième phrase de la recommandation 244 devrait être

² Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, en tant que recommandation 28 *bis*.

³ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre IV sur le système de registre, en tant que recommandation 62 *bis*.

insérée dans le commentaire dans la mesure où elle traite des résultats de l'application de cette recommandation.]

Priorité des droits de certains preneurs de licence de propriété intellectuelle⁴

245. La loi devrait prévoir que la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle mise sous licence, lorsque cette sûreté a été constituée avant l'octroi de la licence, n'a pas d'incidence sur les droits d'un utilisateur final preneur de la licence dans le cadre de l'accord de licence, pour autant que les conditions suivantes soient respectées:

- a) La licence n'est pas exclusive;
- b) La licence porte sur [un logiciel protégé par le droit d'auteur ou breveté] [l'un des droits exclusifs liés à un logiciel protégé par le droit d'auteur];
- c) Au moment de la conclusion de l'accord de licence:
 - i) L'activité du donneur est généralement d'octroyer des licences non exclusives sur la propriété intellectuelle, sous des conditions pour l'essentiel identiques, à toute personne consentant à les respecter, et l'accord de licence est conclu à ces conditions; et
 - ii) Le preneur de licence ne sait pas que la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté; et
- d) La propriété intellectuelle mise sous licence et les droits et obligations découlant de l'accord de licence ne sont pas personnalisés pour le preneur.

Droit du créancier garanti de préserver la propriété intellectuelle grevée⁵

246. La loi devrait prévoir qu'elle n'empêche pas le constituant d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle et son créancier garanti de convenir que le second sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée (par exemple, à traiter avec les autorités, poursuivre les auteurs d'atteintes ou renouveler les inscriptions de cette propriété intellectuelle).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la présente recommandation est nécessaire étant donné qu'elle traite d'une question qui ne se posera jamais dans le cadre de la loi recommandée par le Guide, du fait que cette loi: a) reconnaît l'autonomie des parties; b) ne prévoit pas de limites en ce qui concerne la question traitée dans la recommandation; et c) donne la préséance au droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle lorsque ce dernier impose de telles limites (voir recommandations 10 et 4, al. b)].

⁴ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait dans le chapitre sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière en tant que recommandation 81 *bis*. Comme elle porte sur un bien particulier, elle remplacerait l'alinéa c) de la recommandation générale 81, dans la mesure où elle s'applique aux licences de propriété intellectuelle.

⁵ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté, en tant que recommandation 116 *bis*.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si la recommandation pourrait être conservée à condition d'être modifiée de manière:

a) À limiter l'autonomie des parties consacrée par la loi recommandée dans le Guide, en indiquant que le créancier garanti peut être autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée seulement si le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle le permet; ou

b) À rappeler les conséquences de l'application des recommandations 10 et 4, alinéa b), en indiquant que le constituant et le créancier garanti peuvent convenir que le second sera autorisé à prendre des mesures pour préserver la propriété intellectuelle grevée, sauf règle contraire dans le droit contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle.]

Application à la propriété intellectuelle des dispositions relatives au financement d'acquisitions⁶

247. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition s'appliquent également à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition.

Sûreté réelle mobilière grevant en garantie du paiement de son acquisition une propriété intellectuelle destinée à être vendue ou mise sous licence

248. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle qui est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition est destinée à être vendue ou mise sous licence dans le cours normal des affaires du constituant, cette sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition.

Sûreté réelle mobilière grevant en garantie du paiement de son acquisition une propriété intellectuelle détenue à des fins personnelles, familiales ou domestiques

249. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition est utilisée ou destinée à être utilisée par le constituant à des fins personnelles, familiales ou domestiques, cette sûreté est traitée comme une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.

Inapplicabilité du concept de possession à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle en garantie du paiement de son acquisition

250. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, les références dans ces dispositions à la possession du bien grevé par le créancier garanti ne s'appliquent pas.

⁶ Si les recommandations 247 à 252 pouvaient être incluses dans le *Guide*, elles figureraient au chapitre sur le financement d'acquisitions après la recommandation 186.

Prise en compte du moment où le constituant acquiert la propriété intellectuelle grevée

251. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, toute référence dans ces dispositions au moment de la possession du bien grevé par le constituant renvoie au moment où le constituant acquiert la propriété intellectuelle ou la licence grevée.

252. La loi devrait prévoir que, si une propriété intellectuelle ou une licence de propriété intellectuelle est grevée d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition, toute référence dans ces dispositions au moment de la remise du bien grevé au constituant renvoie au moment où le constituant acquiert la propriété intellectuelle ou la licence grevée.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle⁷

253.

Variante A

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

Variante B

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle qui peut être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. La loi applicable à ces questions pour ce qui est d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle qui ne peut pas être inscrite dans un registre de la propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.

Variante C

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé. Toutefois, la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une telle sûreté par rapport au droit du bénéficiaire du transfert ou du preneur de licence de la propriété intellectuelle grevée est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

⁷ Si la présente recommandation pouvait être incluse dans le *Guide*, elle figurerait au chapitre X sur le conflit de lois en tant que recommandation 214 *bis*.

III. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009)

(A/CN.9/686)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-4
II. Organisation de la session	5-10
III. Délibérations et décisions	11
IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	12-131
A. Clause relative à l'objet général	13-16
B. Questions internationales	17-66
C. Questions internes	67-125
D. Travaux futurs	126-131

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue 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 et qu'il faudrait laisser à ce Groupe de travail toute latitude pour qu'il lui présente 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.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat

éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuyaient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session (mai 2007), se fondant sur des notes du Secrétariat couvrant le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes de sociétés dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. À ses trente-troisième (novembre 2007), trente-quatrième (mars 2008), trente-cinquième (novembre 2008) et trente-sixième (mai 2009) sessions, le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises (précédemment appelés "groupes de sociétés") en cas d'insolvabilité, en se fondant sur des notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4 et A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1). À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a décidé que les projets de recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité devraient être inclus en tant que troisième partie du Guide législatif et se présenter sous la même forme que les parties précédentes du Guide (voir A/CN.9/671, par. 55).

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-septième session à Vienne du 9 au 13 novembre 2009. Y ont assisté les représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Liban, Malaisie, Mexique, Mongolie, Ouganda, Paraguay, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Serbie, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Argentine, Belgique, Croatie, Danemark, Indonésie, Lituanie, Philippines, Portugal, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie et Slovénie.

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

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), International Swaps and Derivates

Association (ISDA), International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC) et Union Internationale des Avocats (UIA).

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

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteuse: M^{me} Kairé Sow FALL (Sénégal)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.89);

b) Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2).

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

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

12. Le Groupe de travail a commencé ses travaux par l'examen de la question de l'inclusion d'une clause relative à l'objet général des recommandations applicables aux groupes d'entreprises figurant dans la troisième partie du Guide législatif.

A. Clause relative à l'objet général

13. Il a été généralement convenu qu'il était nécessaire d'énoncer l'objet général des recommandations applicables aux groupes d'entreprises figurant dans la troisième partie du Guide législatif. À cette fin, il a été proposé d'insérer une disposition qui pourrait être formulée comme suit: "L'objet de la présente partie du Guide législatif est de permettre aux tribunaux d'examiner l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, dans le contexte du groupe si son existence est constatée, pour promouvoir les objectifs principaux énoncés dans la recommandation 1 aux niveaux tant national qu'international." Une autre proposition était de ne reprendre que le texte contenu dans le paragraphe 3 du

document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2, qui était libellé comme suit: “La présente partie du Guide législatif a pour objet de permettre d’obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour le groupe d’entreprises dans son ensemble.” Une autre proposition encore, tendant à fusionner ces deux propositions, a été largement appuyée.

14. Il a été noté que le rôle attribué par le droit de l’insolvabilité aux tribunaux dans la procédure d’insolvabilité diffèrait selon les États. On a donc proposé une formulation plus générale ne mentionnant pas le tribunal. Il a également été fait remarquer que le but était d’obtenir de meilleures solutions non seulement pour les membres du groupe d’entreprises, mais aussi pour les créanciers. Le Secrétariat a été prié d’élaborer un projet de texte tenant compte de ces différentes propositions, pour examen ultérieur.

15. Le Groupe de travail a examiné et adopté le projet de clause relative à l’objet général de la troisième partie du Guide législatif, établi par le Secrétariat et rédigé comme suit:

“La présente partie a pour objet de permettre, aux niveaux tant national qu’international, de traiter les procédures d’insolvabilité visant un ou plusieurs membres d’un groupe d’entreprises dans le contexte du groupe d’entreprises afin d’aborder les questions propres aux procédures d’insolvabilité touchant les groupes d’entreprises et d’obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour l’ensemble du groupe et ses créanciers et, en particulier:

a) De promouvoir les objectifs principaux énoncés à la recommandation 1; et

b) De traiter plus efficacement, dans le contexte de la recommandation 5, les procédures d’insolvabilité internationale concernant des membres d’un groupe d’entreprises.”

16. Le Secrétariat a été prié d’insérer la nouvelle clause à l’emplacement voulu dans le texte révisé de la troisième partie du Guide législatif.

B. Questions internationales

17. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement international des groupes d’entreprises en cas d’insolvabilité, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1.

18. Il a été fait remarquer qu’un élément faisait défaut dans le projet de texte actuel, à savoir la reconnaissance des procédures étrangères et l’exécution des décisions étrangères, que de nombreux États considéraient comme un préalable à la coopération et à la coordination internationales. On s’est inquiété du fait que la reconnaissance et l’exécution étaient des questions délicates, qui risquaient de nécessiter de longues discussions et de retarder l’achèvement des travaux. Selon un avis, les paragraphes 8 à 10 du document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 traitaient déjà ces questions de manière suffisante. Selon un autre avis, on pourrait préciser que les projets de recommandations s’appliqueraient dans le contexte international uniquement lorsqu’un État avait adopté la Loi type de la CNUDCI. Il a été répondu qu’un libellé de ce type limiterait inutilement l’application de la troisième partie,

qui visait à étendre la portée de la Loi type et à s'appliquer aux procédures d'insolvabilité internationale entre des États qui n'avaient pas adopté celle-ci, comme il en était question dans le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le "Guide pratique"). Il a été proposé à cet égard que ce dernier soit traité de manière plus exhaustive dans le commentaire.

19. Pour rapprocher ces différents points de vue, on a proposé d'inclure une recommandation prévoyant que les procédures étrangères soient reconnues par le droit national. Une autre proposition consistait à élargir la recommandation pour prévoir l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux tribunaux et la reconnaissance des mesures octroyées. On a fait remarquer qu'il était peut-être trop ambitieux et inutilement complexe de vouloir traiter de la reconnaissance et des mesures accordées. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'inclure une nouvelle recommandation selon laquelle la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un accès direct aux tribunaux pour les représentants étrangers de l'insolvabilité.

20. Le Groupe de travail a examiné et adopté quant au fond un projet de recommandation établi par le Secrétariat et rédigé comme suit:

Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

"La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, dans le contexte des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises,

- a) Un accès aux tribunaux pour les représentants et les créanciers étrangers; et
- b) La reconnaissance des procédures étrangères, si elle est nécessaire en vertu de la loi applicable."

21. Le Secrétariat a été prié d'insérer le projet de recommandation à l'emplacement voulu dans le texte révisé de la troisième partie du Guide législatif.

Projets de recommandations 240 à 247

Clause relative à l'objet

22. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "entre les tribunaux" après le mot "coopération" dans le chapeau, afin de clarifier sa relation avec les projets de recommandations suivants, relatifs à la coopération entre les tribunaux.

Projet de recommandation 240: coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

23. On a fait observer qu'il faudrait insérer les mots "d'autres membres" avant "de ce groupe d'entreprises" à la dernière ligne du projet de recommandation 240.

24. La suppression du texte entre crochets, jugé redondant, a été appuyée. On a également fait valoir, en faveur de cette suppression, que l'emploi du terme "tribunal" pourrait être source de confusion, car, dans certains États, l'autorité compétente était une instance administrative et non un tribunal. En réponse, il a été rappelé que le glossaire du Guide législatif précisait que le terme "tribunal" renvoyait également à une autorité administrative. Il a en outre été rappelé que le projet de recommandation tenait compte de l'article 27 a) de la Loi type, qui parlait de "personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal" et non de personne

nommée par le tribunal. De plus, il a été précisé que les mots “personne nommée à cette fin” ne renvoyaient ni à un représentant de l’insolvabilité supplémentaire ni à un remplaçant du représentant de l’insolvabilité, mais à une personne nommée uniquement pour faciliter la coopération entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants de l’insolvabilité.

25. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets, de conserver le texte et d’aligner le libellé du projet de recommandation sur celui de la Loi type. Il est convenu en outre d’insérer une note de bas de page relative au terme “représentant étranger” renvoyant à la définition qui en était donnée à l’article 2 d) de la Loi type, afin d’en clarifier le sens.

Projet de recommandation 241: coopération entre le représentant de l’insolvabilité et les tribunaux étrangers

26. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 241 quant au fond.

Projet de recommandation 242: coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux

27. En ce qui concerne le texte lui-même, il a été estimé que la référence aux recommandations 240 et 241 dans le chapeau du projet de recommandation 242 n’était pas nécessaire et pourrait être supprimée. Cette proposition a été appuyée. Il a été proposé de supprimer également les mots “dans toute la mesure possible” du chapeau, car ils pourraient limiter inutilement la notion de coopération. Cette proposition n’a pas été appuyée.

28. D’autres propositions ont été faites, à savoir insérer dans le commentaire les exemples de moyens de communication visés à l’alinéa b) et les types de documents mentionnés aux alinéas c) et d) et, étant donné que les alinéas b) à d) contenaient uniquement des exemples des moyens de communication dont il était question à l’alinéa a), inclure ceux-ci dans cet alinéa. Le Secrétariat a été prié d’envisager de reformuler la recommandation dans ce sens.

29. Des préoccupations ont été exprimées à propos de l’alinéa e) et du fait qu’il pourrait être interprété comme favorisant le regroupement des patrimoines dans un contexte international. Il a donc été proposé que l’alinéa parle plutôt de l’examen coordonné des solutions qui s’offraient en matière d’insolvabilité aux membres d’un groupe soumis à une procédure d’insolvabilité. Il a également été proposé d’ajouter les mots “pour faciliter la coordination” à la fin de l’alinéa f). Ces propositions n’ont pas été appuyées.

30. On s’est interrogé sur le lien, dans ces projets de recommandations, entre la coopération, la coordination et la communication. Il a été estimé, notamment, que la coordination et la coopération étaient des notions distinctes et que les alinéas a) à d) du projet de recommandation 242 donnaient des exemples de coopération alors que les alinéas e) à g) concernaient la coordination, laquelle devrait faire l’objet d’une recommandation séparée. S’il était vrai, a-t-on rappelé, que la Loi type considérait la communication et la coordination comme des exemples de moyens d’assurer la coopération, la coordination, a-t-on fait observer, était relativement plus importante dans le contexte des groupes d’entreprises que dans le cas d’un débiteur autonome, de sorte qu’une approche légèrement différente pourrait se justifier dans ces recommandations. Une proposition différente était de préciser dans le texte de la

recommandation 242 que la communication et la coordination constituaient des exemples de moyens permettant d'assurer la coopération. Le Groupe de travail a appuyé cette dernière proposition et est convenu que les alinéas e) à g) seraient conservés dans le projet de recommandation tels qu'ils étaient actuellement libellés et que les crochets seraient supprimés.

Projet de recommandation 243: communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

31. On a craint que le projet de recommandation 243 n'autorise la communication entre les tribunaux et les tribunaux ou représentants étrangers sans condition. Pour remédier au problème, il fallait établir un lien plus étroit avec le projet de recommandation 245. On a également exprimé la crainte que, une telle communication directe n'étant pas autorisée dans certains États, cette disposition n'engendre des difficultés. Il a été répondu que les projets de recommandations 243 et 244 visaient seulement à permettre mais non à imposer cette communication. Il a également été expliqué que ces projets de recommandations étaient conformes aux articles correspondants de la Loi type.

32. On s'est demandé par ailleurs avec inquiétude si la communication entre les tribunaux et les représentants étrangers serait possible sans reconnaissance des procédures étrangères concernées, comme le prévoyait la Loi type. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné cette question et était convenu d'inclure une recommandation sur l'accès aux tribunaux et la reconnaissance (voir par. 20 ci-dessus). Il a également été noté que la question de la communication était indépendante de celle de la reconnaissance, généralement régie par les règles de procédure internes, et de l'adoption de la Loi type. Il a en outre été noté que la Loi type ne faisait pas dépendre la communication de la reconnaissance.

33. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 243 quant au fond.

Projet de recommandation 244: communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

34. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 244 quant au fond et a prié le Secrétariat d'inclure des références pertinentes à la Loi type lors de l'élaboration du document final.

Projet de recommandation 245: conditions applicables aux communications internationales entre tribunaux

35. L'alinéa a) a été adopté quant au fond, sous réserve de la suppression des variantes entre crochets.

36. On a exprimé la crainte que l'obligation de donner notification prévue à l'alinéa b) ne soit trop large et n'entrave la communication au lieu de la faciliter. Il a été proposé que, si cette notification était requise, elle soit donnée une fois que la communication avait eu lieu. Selon une autre solution proposée, comme la question de la notification relevait souvent des règles de procédure plutôt que de la loi sur l'insolvabilité, la recommandation pourrait parler de notification donnée conformément au droit applicable. Cette solution a été largement appuyée.

37. Des craintes ont par ailleurs été exprimées au sujet de l'utilisation du terme "parties visées". Premièrement, on a dit que ce terme n'était pas employé dans le Guide législatif et que, pour des raisons de cohérence, il faudrait parler de "parties intéressées". Deuxièmement, dans le contexte du projet de recommandation, il pouvait être interprété comme incluant les créanciers et, par conséquent, être trop large et difficile à employer. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de remplacer "parties visées" par "parties intéressées".

38. L'alinéa c) a lui aussi été jugé trop général et potentiellement difficile à appliquer, surtout lorsque de nombreuses parties participaient en personne à la communication. Il a été noté que, dans certains États, il serait difficile de limiter le droit d'une partie intéressée de comparaître et d'être entendue et que la latitude donnée aux tribunaux pour limiter la participation à une communication pouvait varier d'un État à l'autre. Il a été proposé de limiter la portée de l'alinéa à la participation des représentants de l'insolvabilité et des parties intéressées, en adoptant une formule de ce type: "Le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de participer en personne à la communication. Une partie intéressée peut y participer conformément au droit applicable et si le tribunal le juge approprié." Cette proposition a été appuyée, sous réserve de la suppression des mots "en personne".

39. S'agissant de l'alinéa d), il a été souligné que, si la transcription faisait partie du compte rendu de la procédure, elle serait accessible au public, si bien qu'il était inutile d'exiger qu'elle soit mise à la disposition de certaines parties. Le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation se terminerait par les mots "comme partie du compte rendu de la procédure", et que le reste du texte serait supprimé.

40. Les alinéas e) et f) ont été approuvés quant au fond, sous réserve que les mots "parties visées" soient remplacés par "parties intéressées".

41. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 245 ainsi modifié.

Projet de recommandation 246

42. Une proposition tendant à réviser comme suit le chapeau du projet de recommandation dans la version anglaise a été appuyée: "The insolvency law should specify that a communication made in accordance with these recommendations shall not imply:" ("La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le fait de communiquer conformément aux présentes recommandations n'implique:"). Par souci de clarté, il a été proposé de remplacer les mots "présentes recommandations" par un renvoi explicite aux recommandations 240 à 245, et les mots "le fait de communiquer" par "le fait pour les tribunaux de communiquer entre eux".

43. On s'est inquiété de l'usage, dans la version anglaise, des mots "in controversy" ("litigieuse") à l'alinéa b), que l'on a proposé de remplacer par les mots "lacking consensus" ("ne faisant pas l'objet d'un consensus"). Une autre solution proposée consistait à supprimer purement et simplement les mots "in controversy", si bien que la recommandation parlerait uniquement de "any matter before the court" ("une question portée devant le tribunal"). Cette proposition a été appuyée. Toujours s'agissant de l'alinéa b), on a craint qu'il n'empêche les tribunaux de parvenir à un accord, pendant la communication, concernant par

exemple l'approbation d'un accord visé au projet de recommandation 254. Il a été répondu que l'alinéa b) ne visait pas à empêcher que l'on parvienne à un accord explicite, mais plutôt à empêcher que l'on interprète le fait de communiquer comme impliquant un accord. Il a été proposé de clarifier ce point dans le commentaire, plutôt que d'ajouter un nouveau texte à la recommandation. Cette solution a été appuyée.

44. Le Groupe de travail est convenu que les mots “[ou le tribunal étranger]” seraient supprimés dans les alinéas b) et d), car la législation interne ne traitait généralement pas de ce qui se passait dans un tribunal étranger et ne pouvait en aucun cas avoir d'incidence sur les décisions prises par ces tribunaux.

45. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 246 ainsi modifié.

Projet de recommandation 247: coordination des audiences

46. Plusieurs avis ont été exprimés à propos de la référence aux audiences “conjointes”. Selon un avis, faisant état de la pratique de ce type d'audiences, la référence pourrait être maintenue car elle tenait compte de cette pratique, même si elle n'était pas répandue. Selon un autre avis, les audiences conjointes ne pouvaient pas être envisagées dans la législation interne et la recommandation devrait parler d'audiences “coordonnées”. Selon un autre avis encore, la référence aux audiences “conjointes” devrait être maintenue, étant donné que les recommandations visaient à promouvoir et à développer une pratique en matière de coordination. On a fait remarquer que, selon le paragraphe 35 du commentaire, le terme “audiences coordonnées” pouvait désigner notamment des audiences conjointes, simultanées ou parallèles et qu'il suffisait donc que la recommandation parle d’“audiences coordonnées”. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les références aux audiences “conjointes”.

47. Le Groupe de travail est convenu de conserver la dernière phrase sans les crochets. Étant donné que cette phrase mettait l'accent sur l'indépendance de chaque tribunal, les mots “et l'indépendance”, figurant dans la deuxième phrase du projet de recommandation n'étaient pas nécessaires. Cette solution a été approuvée.

48. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 247 ainsi modifié.

Projets de recommandations 248 à 250

Clause relative à l'objet

49. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 248: coopération entre représentants de l'insolvabilité

50. Le projet de recommandation 248 a bénéficié d'un appui général. Il a été proposé de préciser que les “représentants étrangers” mentionnés dans les projets de recommandations 248 et 249 étaient nommés dans le cadre des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre d'autres membres du groupe d'entreprises. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu

d'insérer les modifications proposées et de conserver le texte du projet de recommandation 248 sans les crochets.

Projet de recommandation 249: communication entre représentants de l'insolvabilité

51. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du projet de recommandation sans les crochets et de l'adapter pour tenir compte de la modification apportée au projet de recommandation 248. Une proposition tendant à supprimer la deuxième phrase du projet de recommandation 249 a été appuyée.

Projet de recommandation 250: coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité

52. Une proposition visant à remplacer les mots "doit être assurée" dans le chapeau par "peut être assurée" a reçu un large soutien.

53. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa a) du projet de recommandation 250 quant au fond.

54. Une proposition visant à remplacer le mot "utilisation" par "conclusion" dans l'alinéa b) n'a pas été soutenue. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a adopté l'alinéa b) du projet de recommandation 250 quant au fond sans modification.

55. On s'est inquiété de ce que les mots "répartition des pouvoirs" au début de l'alinéa c) laissent entendre que les obligations juridiques des représentants de l'insolvabilité pouvaient être réduites. Pour régler ce problème, il a été proposé de supprimer ces mots. Cette proposition a été largement appuyée. Une autre proposition consistait à supprimer les mots "ou d'un rôle prépondérant". Cette proposition a également bénéficié d'un large soutien. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'alinéa c) du projet de recommandation 250 avec les deux modifications proposées.

56. Le Groupe de travail a adopté les alinéas d) et e) du projet de recommandation 250 quant au fond.

57. Une proposition visant à aligner le libellé de l'alinéa e) du projet de recommandation 242 sur celui de l'alinéa d) du projet de recommandation 250 pour éviter la référence aux "actifs" a été appuyée.

Projets de recommandations 251 et 252

Clause relative à l'objet

58. Le Groupe de travail est convenu que le projet de clause relative à l'objet devrait mieux rendre compte du contenu des projets de recommandations 251 et 252 et indiquer que la nomination du même représentant de l'insolvabilité ou d'un représentant de l'insolvabilité unique n'était opportune que dans certains cas et serait le fruit d'une réflexion attentive du tribunal. La clause devrait aussi mentionner la nécessité de traiter les conflits d'intérêts.

59. On a également proposé d'examiner ces questions dans le commentaire, en soulignant que le représentant de l'insolvabilité nommé dans ces circonstances devait avoir les qualifications et l'expérience internationale nécessaires.

Projet de recommandation 251: nomination du même représentant de l'insolvabilité et projet de recommandation 252: conflit d'intérêts

60. Le Groupe de travail est convenu de conserver les mots “dans les cas appropriés” dans le projet de recommandation 251, en supprimant les crochets, et de déplacer le second passage entre crochets pour l’insérer dans la clause relative à l’objet. Il est également convenu de maintenir le projet de recommandation 252 dans son libellé actuel et de supprimer les crochets. On a noté que l’emploi des mots “un représentant de l’insolvabilité unique ou le même représentant de l’insolvabilité” n’était pas cohérent dans cette section et qu’il fallait qu’il le soit.

61. Le Groupe de travail a adopté quant au fond les projets de recommandations 251 et 252 ainsi modifiés.

Projets de recommandations 253 et 254

Clause relative à l’objet

62. Il a été proposé d’ajouter, dans le projet de clause relative à l’objet, une référence à l’approbation du comité des créanciers. Le Groupe de travail, tout en reconnaissant que les comités de créanciers pouvaient avoir leur rôle à jouer dans l’approbation des accords d’insolvabilité internationale, a adopté cette clause quant au fond moyennant la suppression des crochets.

Projet de recommandation 253: pouvoir de conclure des accords d’insolvabilité internationale et projet de recommandation 254: approbation ou application d’accords d’insolvabilité internationale

63. Bien que le maintien, dans le projet de recommandation 253, des mots “dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable” ait été appuyé initialement, il a été convenu, après discussion, que ces mots seraient supprimés car ils risquaient de restreindre inutilement l’utilisation des accords d’insolvabilité internationale lorsque la loi applicable prévoyait de telles restrictions. On a insisté sur le fait que la recommandation avait pour but de promouvoir l’utilisation de ce type d’accords, en particulier dans les cas où le droit contenait actuellement des dispositions pouvant faire obstacle à cette utilisation.

64. Le maintien des mots “concernant deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises” sans les crochets dans les deux projets de recommandations a été généralement appuyé.

65. Le Groupe de travail a adopté quant au fond les projets de recommandations 253 et 254 ainsi modifiés.

Commentaire

66. Il a été convenu que le Secrétariat réviserait le commentaire pour tenir compte des points soulevés durant les délibérations du Groupe de travail sur les projets de recommandations 240 à 254, notamment des questions de la reconnaissance et de l’accès, et pour faire référence de façon plus détaillée au Guide pratique de la CNUDCI de manière à en reprendre davantage d’éléments.

C. Questions internes

67. Le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité en abordant les questions internes, qui font l'objet du document A/CN.9/WG.V/WP.90, et en commençant par le glossaire et les recommandations 211 à 216 relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

1. Glossaire

68. Le Groupe de travail a adopté le glossaire quant au fond.

2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure – projets de recommandations 211 à 216

Clause relative à l'objet

69. On a proposé de remplacer, à l'alinéa d), le mot "concernés" par les mots "affectés par un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ou bénéficiant d'un tel financement", pour en préciser le sens. En réponse, on a fait observer qu'il avait été convenu de dire "entre tous les membres concernés" à la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/671, par. 82) et qu'il ressortait clairement du contexte qu'on se référait ici aux créanciers concernés par le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

70. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de clause relative à l'objet sans modification.

Projet de recommandation 211: octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

71. On s'est demandé si l'alinéa b) du projet de recommandation 211 traitait de manière adéquate la situation où un membre insolvable d'un groupe recevait, postérieurement à l'ouverture de la procédure, un financement garanti par une sûreté réelle constituée par un autre membre insolvable du groupe, conformément aux recommandations 65 à 67. En réponse, il a été confirmé que ces recommandations devraient s'appliquer au membre recevant le financement de la même manière qu'à tout autre débiteur recevant un tel financement, mais que cette question pourrait être traitée expressément dans le commentaire afin d'établir le lien entre les précédentes recommandations et les recommandations relatives aux groupes d'entreprises. La situation d'un membre solvable du groupe recevant un financement garanti par une sûreté réelle constituée par un membre insolvable du groupe avait déjà été examinée dans le contexte de la disposition des actifs (voir A/CN.9/666, par. 67).

72. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté la recommandation 211 quand au fond.

Projet de recommandation 212: octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

73. D'une façon générale, on a proposé que le commentaire examine la manière dont le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe pourrait être négocié entre les représentants de l'insolvabilité et résulter uniquement d'un accord entre eux.

74. Le mot "octroyé" dans le chapeau a été généralement préféré afin d'aligner le projet de recommandation sur la terminologie généralement utilisée dans le Guide pour le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

75. Le Groupe de travail a examiné si les alinéas a) à c) devraient être cumulatifs ou si les alinéas a) et b) devraient être séparés par la conjonction "ou". Selon un avis, les trois alinéas devraient être cumulatifs. Selon un autre avis, les alinéas a) et b) devraient être séparés par la conjonction "ou": l'alinéa a) convenait aux cas de redressement, tandis que l'alinéa b) concernait plutôt les cas de liquidation et n'était pas nécessaire en cas de redressement, et l'alinéa c) devrait s'appliquer dans les deux cas. À l'issue de la discussion, il a été convenu que les alinéas a) et b) seraient séparés par la conjonction "ou" et pourraient être regroupés dans un seul et même alinéa et que l'alinéa c) constituerait alors une deuxième condition.

76. S'agissant de l'alinéa c), le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots entre crochets et d'ajouter "de ce membre du groupe" après "créanciers".

77. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté quant au fond le texte révisé du projet de recommandation 212 ci-après:

"La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être octroyé conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre, ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

b) Constate que tout préjudice causé aux créanciers de ce membre du groupe est compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'octroi de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement."

Projet de recommandation 213

78. Le Groupe de travail est convenu que les mots "qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement", tels qu'ils étaient utilisés dans le projet de recommandation 212, seraient repris comme suit dans le projet de recommandation 213:

"La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'avance d'un financement, la constitution d'une sûreté réelle ou l'offre d'une sûreté personnelle ou d'une autre garantie de remboursement conformément aux recommandations 211 et 212."

79. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté quant au fond le projet de recommandation 213 ainsi modifié.

Projet de recommandation 214: obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

80. Il a été précisé que le projet de recommandation 214 se fondait sur la recommandation 63 et traitait du cas d'un membre d'un groupe d'entreprises recevant un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, alors que les projets de recommandations 211 et 212 traitaient du cas d'un membre d'un groupe d'entreprises avançant un tel financement.

81. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté le projet de recommandation 214 quant au fond.

Projet de recommandation 215: priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

82. Le Groupe de travail a rappelé que le projet de recommandation 215 avait pour objet d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité de régler la question de la priorité s'appliquant au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. Il a également été rappelé que ce projet de recommandation prévoyait que cette priorité serait régie par le droit interne, étant donné que le Groupe de travail était convenu de ne pas spécifier le classement des priorités dans le contexte des groupes. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté le projet de recommandation 215 quant au fond.

Projet de recommandation 216: sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

83. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets et a adopté le projet de recommandation 216 quant au fond.

3. Demande conjointe d'ouverture – projets de recommandations 199 à 201

Clause relative à l'objet

84. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'alinéa a) du projet de clause relative à l'objet.

85. Il a été proposé d'insérer des mots du type "à un tribunal compétent" à l'alinéa b) du projet de clause relative à l'objet, pour indiquer que, dans certains États, différents tribunaux pouvaient être compétents en matière d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises. Selon une autre opinion, une demande conjointe devait être examinée par un tribunal unique, faute de quoi une coordination serait nécessaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté quant au fond l'alinéa b) du projet de clause relative à l'objet et est convenu d'aborder dans le commentaire le cas où plusieurs tribunaux étaient compétents.

86. Il a été noté qu'une demande conjointe était globalement avantageuse en termes d'administration. Pour cette raison, il a été proposé de supprimer les mots "liés à l'ouverture de cette procédure d'insolvabilité" qui suivaient le mot "coûts" à l'alinéa c). Cette proposition a été largement appuyée. Le Groupe de travail a adopté quant au fond l'alinéa c) ainsi modifié du projet de clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 199: demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité

87. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 199 quant au fond.

Projet de recommandation 200: personnes autorisées à former une demande

88. Le Groupe de travail est convenu que, puisque l'alinéa a) renvoyait à la recommandation 15, l'alinéa b) devrait renvoyer à la recommandation 16. Il a adopté quant au fond le projet de recommandation 200 ainsi modifié.

Projet de recommandation 201: tribunaux compétents

89. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 201 quant au fond.

4. Coordination procédurale – projets de recommandations 202 à 210

Clause relative à l'objet et projets de recommandations 202 et 203: coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus

90. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de clause relative à l'objet des dispositions sur la coordination procédurale ainsi que les projets de recommandations 202 et 203.

Projet de recommandation 204: coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus

91. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots figurant entre crochets et a adopté le projet de recommandation 204 quant au fond.

Projet de recommandation 205: moment où présenter une demande et projet de recommandation 206: personnes autorisées à présenter une demande

92. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 205 et 206 quant au fond.

Projet de recommandation 207: coordination de l'examen d'une demande

93. Le Groupe de travail, après avoir rappelé la discussion qu'il avait eue sur les "audiences conjointes" dans le contexte international (voir par. 46 plus haut), est convenu de suivre la même approche dans le contexte interne, en remplaçant l'adjectif "conjointes" par "coordonnées". Il a adopté quant au fond le projet de recommandation 207 ainsi modifié.

Projet de recommandation 208: modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale, projet de recommandation 209: tribunaux compétents et projet de recommandation 210: notification de la coordination procédurale

94. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 208 à 210 quant au fond.

5. Action en annulation – projets de recommandations 217 et 218

Clause relative à l'objet

95. En réponse à une question, il a été expliqué que le projet de clause relative à l'objet des dispositions sur l'action en annulation avait pour but d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité de soumettre à un examen spécial l'annulation des opérations réalisées dans le cadre de groupes d'entreprises. Il a donc été proposé de remplacer les mots "de tenir compte du fait que" par "d'examiner l'opération". Une autre proposition était de supprimer l'adjectif "spécifiques" placé après "circonstances" pour faire ressortir le caractère général de la clause. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du projet de clause sans les crochets, en supprimant l'adjectif "spécifiques".

Projet de recommandation 217: opérations annulables et projet de recommandation 218: éléments d'annulation et moyens de défense

96. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 217 et 218 quant au fond.

6. Regroupement des patrimoines – projets de recommandations 219 à 232

Clause relative à l'objet

97. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 219: exceptions au principe de l'identité juridique distincte

98. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 219 quant au fond et est convenu de modifier l'intitulé comme suit "Le principe de l'identité juridique distincte".

Projet de recommandation 220: circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible

99. La proposition de conserver dans le chapeau le passage "dans les circonstances limitées ci-après", en supprimant les crochets et en le faisant précéder de l'adverbe "uniquement", a été largement appuyée.

100. On s'est interrogé sur l'emploi du mot "disproportionate" ("excessivement") à l'alinéa a), car ce mot impliquait une comparaison qui n'apparaissait pas dans le texte de l'alinéa.

101. Une proposition tendant à modifier l'alinéa b) pour l'aligner sur l'alinéa a), comme suit, a été largement appuyée:

“Lorsqu’il a la conviction que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.”

102. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 220 ainsi modifié.

Projet de recommandation 221: exclusions du regroupement des patrimoines

103. Le Groupe de travail a examiné les cas dans lesquels il serait souhaitable de ne pas appliquer une ordonnance de regroupement des patrimoines à des actifs et à des créances s’y rattachant afin de clarifier davantage le projet de recommandation et de fournir des orientations au législateur et au juge. On a cité, à titre d’exemple, les cas dans lesquels une partie des activités commerciales du groupe pouvaient être séparées des actifs imbriqués ou de l’activité frauduleuse ou dans lesquels il était aisé d’identifier le propriétaire de certains actifs. Il a été proposé que ces exemples soient développés dans le commentaire.

104. Après discussion, il a été convenu qu’il était impossible de recenser clairement toutes les situations où il conviendrait d’exclure des actifs et des créances. En conséquence, il a été proposé que le projet de recommandation ait pour effet de permettre les exclusions, que le mot “certains” (“specified”) soit supprimé et que la loi sur l’insolvabilité fixe des règles ou des orientations appropriées pour ces situations. Il a été noté que le projet de recommandation 220 était formulé de manière à permettre le regroupement et il a donc été convenu de réviser le projet de recommandation 221 à peu près comme suit:

“Lorsque la loi sur l’insolvabilité permet le regroupement des patrimoines conformément à la recommandation 220, elle devrait permettre au tribunal d’exclure des actifs et des créances d’une ordonnance de regroupement et spécifier les normes applicables à ces exclusions.”

Projet de recommandation 222: demande de regroupement des patrimoines – moment où présenter une demande

105. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la condition énoncée à la fin du projet de recommandation et de remplacer dans la note de bas de page le mot “impossibilité” par “possibilité”. Il a aussi été convenu d’aligner cette note sur celle accompagnant le projet de recommandation 205, qui traitait une question similaire.

106. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 222 ainsi modifié.

Projet de recommandation 223: demande de regroupement des patrimoines – personnes autorisées à présenter une demande

107. Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, d’énumérer dans le projet de recommandation les personnes autorisées à présenter une demande dans l’ordre où elles apparaissent au paragraphe 153 du commentaire. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation 223 ainsi modifié.

Projet de recommandation 224: effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

108. Plusieurs avis ont été exprimés concernant les mots placés entre crochets à l'alinéa c). Selon un point de vue, afin d'aligner cet alinéa sur l'alinéa a) et sur la définition du regroupement des patrimoines, il fallait employer le mot "unique". Selon une autre opinion, si l'emploi du mot "unique" était acceptable dans le membre de phrase "sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique", cette formule n'était pas utilisée dans l'alinéa c) et, pour éviter toute confusion, le mot "regroupée" était jugé préférable. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le mot "unique" sans les crochets et de supprimer le mot "regroupée".

109. Selon un autre avis, l'alinéa c) était superflu car il ne faisait pour l'essentiel que répéter les idées exprimées à l'alinéa a). Selon un point de vue différent, il régissait une toute autre situation et pouvait être conservé pour indiquer clairement le traitement réservé aux créances.

110. On a demandé quel effet aurait l'alinéa c) sur les garanties. Trois situations dans lesquelles la question pouvait se poser ont été identifiées: la première où un membre du groupe constituait une garantie en faveur d'un autre membre du groupe et où tous deux étaient visés par l'ordonnance de regroupement des patrimoines; la deuxième où une garantie intragroupe était également constituée mais où le garant n'était pas concerné par le regroupement; et la troisième où une garantie était constituée par un garant externe en faveur d'un membre du groupe visé par le regroupement. Il a été souligné que, dans la première situation, autrement dit en cas de regroupement des patrimoines des deux membres, la garantie et toutes créances s'y rattachant s'éteindraient conformément à l'alinéa b). La deuxième situation pourrait être régie par les dispositions du Guide législatif qui concernaient les opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles. La troisième situation sortait du champ du projet de recommandation 226 et relèverait en conséquence du droit interne, qui très souvent limitait la créance du garant lorsqu'il avait effectué un paiement au titre de la garantie, à moins que le Groupe de travail ne décide de recommander l'adoption de règles spéciales. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de ne pas aborder la question dans une recommandation mais de la traiter plutôt dans le commentaire.

111. Une question a été posée à propos de l'effet du regroupement des patrimoines sur l'annulation d'opérations intragroupe. Il a été noté que les autres recommandations du Guide traiteraient des opérations entre entités externes et membres regroupés. De plus, le projet de recommandation 229 régissait le calcul de la période suspecte lorsqu'un regroupement des patrimoines était ordonné. En revanche, la question posée n'était pas elle-même traitée et pouvait l'être dans le commentaire.

112. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 224, sous réserve de modifier l'alinéa c) comme indiqué plus haut.

Projet de recommandation 225: effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

113. Il a été rappelé au Groupe de travail que le projet de recommandation 225 répondait à une demande, formulée à sa session antérieure, d'insérer une recommandation selon laquelle l'ordonnance de regroupement des patrimoines ne devrait pas permettre aux titulaires de créances salariales ou de créances garanties par des sûretés réelles d'améliorer leur situation (voir A/CN.9/671, par. 110). Le projet de recommandation a suscité plusieurs inquiétudes. On s'est d'abord inquiété de ce qu'il était discriminatoire et qu'il n'était ni raisonnable ni souhaitable de se référer uniquement aux créances salariales et aux créances garanties par une sûreté réelle sur un actif d'un membre du groupe. S'il fallait traiter de créances prioritaires, le projet de recommandation devait alors les mentionner toutes. On a ensuite appelé l'attention du Groupe de travail sur le fait qu'il risquait dans le projet de recommandation 225 d'y avoir confusion entre, d'une part, la question de la priorité et de la valeur d'une créance et, d'autre part, le montant recouvré sur la créance: le regroupement des patrimoines serait sans effet sur la valeur d'une créance mais risquait d'affecter le recouvrement. On s'est enfin demandé avec préoccupation si une sûreté réelle portant sur l'ensemble des actifs d'un membre du groupe (charge flottante) pouvait, en cas de regroupement des patrimoines, s'étendre à tous les actifs inclus dans la masse regroupée.

114. Plusieurs propositions ont été faites pour répondre aux inquiétudes exprimées. Une proposition consistait à élargir la portée du projet de recommandation 225 en remplaçant les mots "créance salariale" par "un créancier détenant une créance" ou en se référant généralement à toutes les créances prioritaires. Une autre proposition était d'insérer dans les projets de recommandations 226 et 227 l'objet du projet de recommandation 225. Une autre proposition encore était de remplacer le verbe "devrait" par "peut". Une autre proposition différente était de supprimer le projet de recommandation 225 et de rendre compte des questions examinées par le Groupe de travail dans le commentaire. On a souligné que les projets de recommandations 226 et 227 traitaient suffisamment la question du respect des priorités en employant l'expression "dans la mesure du possible", et il a été noté que le regroupement des patrimoines ne pourrait être ordonné que dans les cas d'imbrication d'actifs ou de fraude, où les priorités ne pouvaient être aisément identifiées ou quantifiées. À l'issue de la discussion, selon l'avis qui a prévalu, le projet de recommandation 225 serait supprimé et la discussion reflétée dans le commentaire.

Projet de recommandation 226: traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

115. Une proposition tendant à mentionner dans le projet de recommandation 226 d'autres types de créances garanties n'a pas été appuyée car elle exigerait de revoir le début du Guide législatif, en particulier l'approche et, éventuellement, la définition des sûretés réelles. Le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 226 quant au fond.

Projet de recommandation 227: reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines et projet de recommandation 228: assemblées de créanciers

116. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 227 et 228 quant au fond.

Projet de recommandation 229: calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

117. On a exprimé la crainte que le projet de recommandation 229 ne donne des détails inutiles en précisant les différentes manières de calculer la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines. À cela, on a répondu que le projet de recommandation devait inclure suffisamment de détails pour guider le législateur. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter le projet de recommandation 229 quant au fond.

Projet de recommandation 230: modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

118. On a craint qu'en l'état actuel le libellé du projet de recommandation 230 ne soit pas satisfaisant, car il ne serait pas possible de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines sans que cela ait d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises. Il a été fait remarquer que la modification aurait peut-être pour objet de défaire ce qui avait déjà été fait, mais qu'il fallait éviter de porter injustement atteinte aux droits et intérêts acquis découlant de l'ordonnance d'origine. Il a été proposé de réviser comme suit le projet de recommandation 230: "Sans préjudice des effets de ce qui a déjà eu lieu, la loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée." Il a été répondu à cette proposition que le libellé actuel de la recommandation exprimait cet objet de manière adéquate et que les craintes exprimées pouvaient être traitées dans le commentaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 230 quant au fond.

Projet de recommandation 231: tribunal compétent et projet de recommandation 232: notification

119. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 231 et 232 quant au fond.

7. Participants – projets de recommandations 233 à 237

Clause relative à l'objet

120. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de clause relative à l'objet. Il a été convenu que le commentaire pourrait traiter des questions relatives à la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité et préciser que les objectifs de la coopération mentionnés à l'alinéa b) de la clause avaient un lien avec le fait de déterminer que la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité servait au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité. Il a également été convenu que le commentaire concernant les questions internes serait aligné sur le commentaire concernant les questions internationales.

Projet de recommandation 233: nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité, projet de recommandation 234: conflit d'intérêts, projet de recommandation 235: coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe et projet de recommandation 236: coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

121. Le Groupe de travail a adopté les projets de recommandations 233 à 236 quant au fond.

Projet de recommandation 237: formes de coopération [coopération dans toute la mesure possible]

122. Le Groupe de travail a accepté la suppression des termes qui limitaient la portée du projet de recommandation 237 à ce qui était permis aux termes de la loi applicable, comme il était noté au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2. On a craint que le projet de recommandation 237 ne contienne trop de détails et risque d'être mal interprété. La proposition tendant à inclure les mots "y compris des créances intragroupe" après le mot "créances" a été largement appuyée. Une proposition tendant à aligner le projet de recommandation 237 sur le projet de recommandation 250 relatif à la coopération entre représentants de l'insolvabilité dans le contexte international a été appuyée. Selon cette proposition, le projet de recommandation 237 serait intitulé de la même manière que le projet de recommandation 250, et les changements qu'il avait été convenu d'apporter à l'alinéa c) du projet de recommandation 250 seraient également apportés à l'alinéa b) du projet de recommandation 237. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le projet de recommandation 237 quant au fond, avec les modifications susmentionnées.

8. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises – projets de recommandations 238 et 239

Clause relative à l'objet et projets de recommandations 238 et 239: plans de redressement

123. Le Groupe de travail a adopté le projet de clause relative à l'objet et les projets de recommandations 238 et 239 quant au fond.

9. Commentaire

124. Concernant le commentaire, le Groupe de travail a proposé:

a) De donner des explications plus détaillées sur ce que l'on entendait par intégration verticale ou horizontale des groupes d'entreprises;

b) D'ajouter une référence aux représentants de l'insolvabilité au paragraphe 8;

c) D'insérer au paragraphe 9 l'expression "fiducies de revenu" comme exemple supplémentaire de types d'entités qui pourraient faire partie d'un groupe d'entreprises;

d) De répondre à une préoccupation concernant le paragraphe 28 en supprimant la phrase commençant par "Les risques de...";

- e) De donner des explications plus détaillées concernant la dernière phrase du paragraphe 54;
- f) De modifier l'expression "toutes les parties intéressées, y compris les créanciers" figurant au paragraphe 57, au motif qu'elle était trop générale;
- g) De supprimer l'expression "créances d'un très faible montant" au paragraphe 77;
- h) De modifier les paragraphes 103 et 109 pour tenir compte des préoccupations exprimées pendant les discussions du Groupe de travail sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; en particulier, de remplacer les mots "s'appliquant à" dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 103 par le mot "incluant";
- i) De simplifier la dernière phrase du paragraphe 144;
- j) De fournir plus de détails concernant le mécanisme des ordonnances de contribution;
- k) De tenir compte, aux paragraphes 176 et 177, de la nécessité d'examiner la nature du groupe – notamment le degré d'intégration et la structure de l'entreprise – pour décider s'il était souhaitable de nommer un représentant de l'insolvabilité unique ou un même représentant de l'insolvabilité, et de souligner l'importance des compétences, des connaissances et de l'expertise de toute personne devant être nommée en cette qualité; et
- l) D'une manière générale, d'harmoniser le commentaire en tenant compte des modifications apportées aux recommandations.

10. Achèvement des travaux

125. Le Groupe de travail est convenu que ses travaux sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité seraient à un stade suffisamment avancé pour être examinés par la Commission pour finalisation et adoption en 2010 et a demandé au Secrétariat de distribuer le projet de troisième partie aux gouvernements dès que possible afin de laisser suffisamment de temps pour la formulation et la compilation des commentaires avant la session suivante de la Commission.

D. Travaux futurs

126. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs.

127. Il était saisi d'une proposition de l'Union Internationale des Avocats (UIA) concernant une éventuelle convention internationale dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, qui pourrait aborder les questions suivantes:

- a) L'accès des représentants de l'insolvabilité étrangers aux tribunaux;
- b) La reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère (qui permettrait de conférer à cette procédure les droits d'une procédure nationale ou qui entraînerait l'ouverture d'une procédure secondaire); et

c) La coopération et la communication entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux.

128. Si un accord sur ces questions semblait possible, la convention internationale pourrait également, selon cette proposition, contenir des dispositions sur:

a) La compétence directe ("convention double");

b) La loi applicable ("convention triple", pourrait faire l'objet d'un protocole séparé).

129. Parmi les autres sujets qu'il a été proposé d'envisager figuraient: la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité; l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières; la notion de centre des intérêts principaux d'une entreprise et les facteurs permettant de le déterminer, ainsi que des questions de compétence et de reconnaissance; l'élaboration d'une loi type qui se fonderait sur le Guide législatif ou certains de ses aspects et qui comprendrait les recommandations en cours de finalisation sur les aspects internationaux du traitement des groupes d'entreprises; l'examen de l'adoption de la Loi type et la promotion d'une adoption plus large; l'insolvabilité des États souverains; et l'insolvabilité des entreprises publiques ou appartenant à l'État.

130. Plusieurs propositions ont bénéficié d'un appui préliminaire, mais on a noté que des informations plus détaillées seraient nécessaires pour faciliter la discussion, éventuellement à la session suivante du Groupe de travail. On a estimé que la faisabilité de certaines propositions serait fonction de l'étendue des travaux envisagés et, en ce qui concerne la proposition d'une convention internationale, de l'appui des gouvernements et de la coopération avec d'autres organisations internationales ayant compétence dans les sujets en question. L'élaboration d'une convention internationale a été appuyée, mais des réserves ont été exprimées sur la possibilité de parvenir à un accord, compte tenu en particulier des difficultés rencontrées dans le passé dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale. Quant aux autres propositions, notamment l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières, des informations supplémentaires étaient nécessaires sur les activités actuellement réalisées par d'autres organisations internationales afin de déterminer s'il était possible pour la CNUDCI de mener des travaux.

131. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus en détail ces propositions à sa session suivante.

B. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session (A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2)

[Original: anglais]

1. La présente note contient les projets de commentaire et de recommandations relatifs à la troisième partie du *Guide législatif* de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Le commentaire est une version révisée du texte précédemment publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.82 et additifs 1 à 3. Les recommandations se fondent sur celles énoncées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1, révisées sur la base du rapport que le Groupe de travail V a présenté sur les travaux de sa trente-sixième session, tenue en mai 2009 (A/CN.9/671).

2. Le présent document examine le traitement des groupes d'entreprises dans le contexte national, alors que le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 traite du contexte international. Le document A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 est communiqué au Groupe de travail pour information et examen. Il contient un certain nombre de notes qui ont pour but d'expliquer les modifications apportées aux projets de recommandations, de faciliter la discussion et de soulever des questions que le Groupe de travail pourra examiner. Le contenu de ce dernier document n'est pas destiné à faire partie du texte de la troisième partie du *Guide législatif*.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas
d'insolvabilité

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Introduction	1-2
Glossaire.....	3
I. Groupes d'entreprises: caractéristiques générales.....	4-42
A. Introduction	4-8
B. Nature des groupes d'entreprises	9-18
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises.....	19-28
D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle	29-33
E. Réglementation des groupes d'entreprises.....	34-42
II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internes	43-185
A. Introduction	43-46
B. Demande d'ouverture et ouverture	47-78
C. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	79-129
D. Voies de droit.....	130-172
E. Participants.....	173-178
F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	179-185

Introduction

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

1. La troisième partie du *Guide législatif* est consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Si une question particulière nécessite une démarche différente de celle suivie dans la deuxième partie ou si le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité soulève des questions qui n'y sont pas traitées, il en est rendu compte dans la troisième partie. Les questions déjà traitées plus haut qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises ne sont pas abordées une nouvelle fois dans la troisième partie.

Autrement dit, sauf indication contraire dans la présente partie, la deuxième partie s'applique quant au fond aux groupes d'entreprises.

2. Le chapitre I examine les caractéristiques générales des groupes d'entreprises. Le chapitre II traite de l'insolvabilité de membres d'un groupe dans un contexte national et propose un certain nombre de recommandations pour compléter celles de la deuxième partie, dans la mesure où des questions supplémentaires se posent dans le contexte d'un groupe. Le chapitre III traite de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises, se fondant sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui s'applique aux procédures d'insolvabilité internationale relatives aux membres d'un groupe pris individuellement, mais pas aux questions liées à l'insolvabilité de différents membres d'un groupe situés dans différents États.

Glossaire

3. Les termes additionnels suivants, qui se rapportent expressément aux groupes d'entreprises, devraient être lus en relation avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal (voir plus haut).

a) "Groupe d'entreprises": deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante;

b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer¹;

c) "Contrôle": capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d'une entreprise;

d) "Coordination procédurale": coordination de l'administration de deux procédures d'insolvabilité ou plus visant des membres d'un groupe d'entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actifs et passifs respectifs, restent séparés et distincts²;

e) "Regroupement des patrimoines": traitement des actifs et passifs respectifs de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique³.

¹ Conformément à l'approche adoptée pour les débiteurs autonomes, l'accent est mis, dans la présente partie, sur la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités ayant un caractère spécialisé (comme les banques et les compagnies d'assurance) qui ne seraient pas soumis à une loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 (voir plus haut, note 6 relative à la recommandation 9). Le *Guide législatif* n'examine pas expressément les considérations associées à l'insolvabilité de ces débiteurs (voir plus haut, partie II, chap. I, par. 1 à 11).

² Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail dans le commentaire, voir par. 63 à 66 ci-après.

³ Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir, ci-après, les recommandations 224 à 226 et les paragraphes 159 à 162 du commentaire.

I. Groupes d'entreprises: caractéristiques générales

A. Introduction

4. La plupart des pays reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus qui la composent – propriétaires, administrateurs ou employés. En tant que personne morale ou juridique, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; elle peut, par exemple, poursuivre et être poursuivie, détenir ou céder des biens, signer des contrats et payer des impôts. C’est aussi une institution pérenne, en ceci qu’elle peut continuer d’exister sans interruption indépendamment de ses membres, et que ses actionnaires peuvent céder leurs actions sans que cela ait d’incidence sur son existence. La responsabilité d’une société peut aussi être limitée, les investisseurs n’étant responsables qu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité propre à encourager l’investissement. Sans cette limitation, ils exposeraient l’ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une société. Une société acquiert la personnalité juridique par un processus juridique et est, une fois constituée, soumise au régime réglementaire applicable aux entités ainsi constituées. En général, cette législation détermine non seulement les conditions, mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la société commerciale est une formule qui favorise la sécurité dans la gestion des affaires, car les personnes qui ont des rapports avec une société savent qu’elles peuvent se fier à sa personnalité juridique et aux droits, devoirs et obligations qui y sont attachés.

5. Les activités des sociétés sont de plus en plus souvent menées, au niveau national comme international, par l’intermédiaire de “groupes d’entreprises”. Ce terme recouvre différentes formes d’organisation économique fondée sur l’entité juridique unique que l’on peut, à des fins opérationnelles, définir approximativement comme un ensemble de deux sociétés ou plus liées par une certaine forme de contrôle (direct ou indirect) ou de propriété (voir ci-après). La taille et la complexité des groupes d’entreprises ne sont pas toujours facilement visibles, car nombre d’entre eux se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une seule identité.

6. Les groupes d’entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle sous l’effet d’un processus d’expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés, qui constituaient des entités distinctes, se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d’autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l’expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis des secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains pays, a été la légalisation de la détention d’actions d’une société par une autre, ce qui, au départ, était interdit dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique.

7. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société indépendante n'est probablement plus, aujourd'hui, la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont omniprésents à la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent de façon similaire dans de nombreux secteurs souvent sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des États, mais aussi un nombre égal d'entreprises multinationales. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une fraction considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux États.

8. Cependant, bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation relative aux sociétés et, en particulier, à leur traitement en cas d'insolvabilité, s'applique aux sociétés en tant qu'entités distinctes. Malgré l'absence de législation, les juges de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant à la notion d'entreprise distincte qu'à celle de société distincte⁴, ont mis au point des solutions qui permettent d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes d'entreprises

9. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, administrations réciproques, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités telles que des entités ad hoc⁵, des coentreprises⁶, des fiducies à l'étranger⁷ et des partenariats.

⁴ Examiné plus en détail ci-après, voir E, par. 34 à 42.

⁵ Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc", "structures d'accueil" ou "entités jouissant d'une réelle autonomie patrimoniale") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés afin, essentiellement, d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficacité fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains pays exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et de par son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'engagements hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple lors du développement d'une nouvelle technologie, soit détenue par une entité distincte non assujettie à des accords de licence préexistants.

⁶ Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat conclu entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les produits, les dépenses et le contrôle. L'entreprise pourra n'être destinée qu'à un projet déterminé ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un

10. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans le cadre de laquelle des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou associées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. Ils peuvent aussi avoir une structure plus horizontale et être constitués de nombreuses sociétés sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans ce processus. Ils peuvent exercer leurs activités dans des secteurs apparentés ou dans des secteurs très divers sans rapport entre eux. On a dit que les groupes horizontaux étaient plus courants dans certaines parties du monde, comme en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme aux États-Unis d'Amérique et au Japon.

11. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances telles que relations bancaires, directions imbriquées, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels. Elles montrent également que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernance d'entreprise. Dans certains États, ils ont une organisation verticale ou horizontale et s'étendent sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou société holding⁸ (appelée "société mère") ou une société commerciale, et un ensemble diversifié d'entreprises de fabrication. Dans d'autres pays, au contraire, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale ou entretiennent des liens étroits avec l'État, mais pas avec des familles. Les degrés de diversification varient aussi considérablement, les opérations intragroupe étant importantes dans certains groupes et pas dans d'autres⁹.

marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; et à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification.

⁷ Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

⁸ Une société holding ou société mère est une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou de posséder purement et simplement d'autres sociétés).

⁹ D'après certaines recherches, les groupes chiliens, par exemple, sont plus diversifiés que les groupes sud-coréens, et les groupes philippins davantage intégrés verticalement que les groupes indiens et beaucoup plus actifs dans les services financiers que les groupes thaïlandais. Voir T. Khanna et Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal*

12. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables en premier lieu de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique homogène. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux empruntés aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et leurs objectifs de performance, en nommant les administrateurs et autres dirigeants principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé dans la société mère à la tête du groupe ou dans une société de rang inférieur, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas directement un rôle dans la production ou la gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales et l'octroi de garanties réciproques¹⁰. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de roulement ou de dettes à court terme impayées, tels que des dividendes ou des crédits non versés dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

13. Dans certains pays, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises et il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent également dans les conseils des autres sociétés qui appartiennent au groupe, constituant ainsi un réseau de directions communes imbriquées, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. L'organigramme d'un grand groupe indien, par exemple, révèle un réseau complexe de directions partagées entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe¹¹.

14. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements, et les politiques gouvernementales, notamment celles qui régissent l'accès au crédit et aux devises étrangères et la concurrence, ont fortement

of Economic Literature, vol. XLV (juin 2007), p. 331 à 372.

¹⁰ Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque membre du groupe garantit les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains pays et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un pays, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation qui pèse sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des entreprises qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et opère comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

¹¹ Voir Khanna et Yafeh, note 9.

influencé leur évolution. De même, des politiques gouvernementales axées sur les opérations des groupes ont parfois éliminé certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

15. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Ils peuvent comporter plusieurs strates de différentes entreprises contrôlées, dans une plus ou moins grande mesure, par le ou les niveaux supérieurs. Dans certains cas, il s'agit de centaines, voire de milliers d'entreprises différentes¹².

16. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes sociétés multinationales ayant leur siège au Royaume-Uni, par exemple, a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis qui existaient entre tous les membres de ce groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet¹³. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrion, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une puissante loupe pour identifier les filiales. L'organigramme du groupe Federal-Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom de toutes les filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

17. Le degré d'intégration d'un groupe d'entreprises peut être déterminé à partir de divers facteurs parmi lesquels figurent l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; indépendance ou non des filiales pour leur financement ou leurs garanties de prêts; gestion centralisée ou non des questions de personnel; mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré d'intégration verticale ou horizontale des sociétés du groupe); ses modalités de gestion du marketing (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et son image (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une entreprise unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à

¹² Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

¹³ Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, p. 271 à 286, p. 273.

usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

18. Le fait qu'un groupe soit constitué d'entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien que chacun de ses membres soit une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon les lignes de produits, et les filiales, qui peuvent être chargées d'une ou de plusieurs lignes de produits, peuvent recouper différentes divisions. Dans certains cas, la direction peut traiter les filiales détenues à 100 % comme des succursales de la société mère.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises

19. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel qui permettent à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Des études montrent que les groupes peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

20. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme la réduction des risques commerciaux ou la maximisation de la rentabilité financière, le groupe pouvant se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société distincte. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité distincte afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles ou des capacités techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et à s'étendre car il est coûteux, sur le plan administratif, de rationaliser et de liquider les filiales redondantes.

21. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale distincte pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, à certaines sociétés du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour contracter des emprunts ou financer des projets en transférant certains actifs vers une société distincte constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la

nouvelle société. Une société distincte peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou cette création peut être nécessaire pour obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile et, parfois, fiscalement plus avantageux de transférer les parts d'une société du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être la société mère d'un certain nombre d'autres sociétés.

22. Il peut être plus facile de satisfaire aux exigences prudentielles ou à d'autres exigences légales lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres distincts d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales distinctes (parfois sous réserve d'une participation nationale minimale au capital social) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation de l'emploi et du travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages comparatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être des impératifs géographiques tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'incidence du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des entités dotées de la personnalité morale et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité. Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

23. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques ont traditionnellement accordé de l'importance à l'unité économique d'entités apparentées. S'il se peut que l'imposition séparée de chaque entité soit le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe¹⁴. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe, les dégrèvements de groupe (group relief) et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées, par exemple, sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par

¹⁴ Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OCDE, 1980.

des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé lorsque des sociétés apparentées peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et qu'elles présentent des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

24. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intergroupe ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre pays, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains pays peuvent rendre ces pays plus attractifs que ceux dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéfices dans des pays à faible imposition.

25. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes des filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons comme, par exemple, tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti, pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux), du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

26. Les exigences comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains pays, des dispositifs, comme des filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

27. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoire. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise par des accords de financement de groupe, des opérations intragroupe, des garanties réciproques et des

lettres de confort¹⁵ remises aux auditeurs du groupe et par la tendance qu'ont les principaux créanciers, en particulier les banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société qui est à la tête d'un groupe.

28. Pour lever les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises. Les risques de malentendus vont s'accroître avec l'adoption de nouvelles normes internationales de présentation de l'information financière et avec la modification du système de consolidation de nombreux groupes, qui passent d'une approche fondée sur la substance des opérations à une approche dans laquelle la forme juridique doit prévaloir sur la substance. Ce sont les structures de comptabilité "hors bilan" qui ont rendu possibles des faillites comme celle d'Enron et de WorldCom, et le besoin de clarté des états financiers est largement reconnu.

D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle

29. Bien que l'existence de groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus prises en compte, tant par la législation que par les tribunaux, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les pays qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; les lois relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus, une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre pays, mais également entre les lois d'un même pays. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse exister des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le "contrôle", les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme cela a été noté précédemment.

30. Alors que nombre de législations évitent de définir expressément le terme "groupe d'entreprises", plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe d'entreprises à certaines fins, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans

¹⁵ Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

de nombreuses décisions judiciaires sur les groupes d'entreprises de différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de contrôle ou d'influence, directs et indirects, même si, dans certains cas, seuls la participation, le contrôle ou l'influence directs sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l'on obtiendra peut-être plus facilement en se référant au contrôle et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

31. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – la détention, directe ou indirecte, d'un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ce pourcentage peut aller de 5 % à plus de 80 %. Les lois qui ne requièrent que de faibles pourcentages envisagent généralement des facteurs supplémentaires tels que les indicateurs de "contrôle" examinés ci-dessous. Dans certains cas, les pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfutable.

32. Dans d'autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe d'entreprises en se concentrant sur le contrôle ou l'influence déterminante (appelée "contrôle" dans la présente note), le terme "contrôle" étant alors souvent défini. Ce dernier s'entend principalement du fait de contrôler ou d'avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l'élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la détention d'actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L'important n'est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que la nature de cette relation.

33. Les facteurs susceptibles d'indiquer qu'une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution de la société; des détails sur l'actionnariat de la société; des informations sur les décisions stratégiques essentielles de la société; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

34. La réglementation des groupes d'entreprises est généralement fondée sur l'une des deux théories suivantes ou, dans certains cas, sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (qui est la théorie traditionnelle et de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

35. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

36. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en est propriétaire (à savoir, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) et de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun¹⁶ pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont pas responsables de ses dettes et de ses obligations, si bien que les pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant investi dans le membre du groupe par l'achat d'actions.

37. La théorie de l'entreprise unique repose par contre sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; l'actif et le passif peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des garanties ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

38. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, par voie législative ou juridictionnelle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

39. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société et toute entité contrôlée; opérations entre des personnes ayant des liens privilégiés (une société par actions n'est pas autorisée par

¹⁶ Pour l'examen du regroupement des patrimoines, voir ci-dessous, par. 143 à 172.

ailleurs à accorder des avantages financiers, y compris des prêts intragroupe, des garanties, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs, à une société ayant des liens avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les sociétés n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'une société exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'une société contrôlée); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue responsable des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

40. Quelques pays ont créé plusieurs catégories de groupes d'entreprises qui peuvent fonctionner comme une entreprise unique, afin de renforcer la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'eux¹⁷, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés par actions sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés – fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs à la gouvernance et à la responsabilité des entreprises:

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée; et

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

41. Un pays¹⁸ qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de mise en commun.

42. Dans un autre pays¹⁹, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les juridictions ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité

¹⁷ Allemagne.

¹⁸ Nouvelle-Zélande.

¹⁹ États-Unis d'Amérique.

pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour réaliser un regroupement de patrimoines. Les juridictions ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internes

A. Introduction

43. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour un ou plusieurs de leurs membres en mettant au point des mécanismes de garantie réciproque ou d'indemnisation et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère ou un membre du groupe exerçant le contrôle peut chercher à éviter l'insolvabilité d'autres membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances internes au groupe aux dettes externes.

44. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe d'entreprises est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres du groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui sont chacun reconnus comme ayant une personnalité et une existence juridiques distinctes. Étant donné que, comme il est noté plus haut, la grande majorité des lois internes relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité de groupes d'entreprises, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de dispositions législatives contraires ou de pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux d'intervenir dans la procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée de façon distincte. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que cette approche ne produise pas toujours les meilleurs résultats pour le débiteur autonome ou pour le groupe dans son ensemble, à moins que les procédures parallèles multiples ne puissent être étroitement coordonnées.

45. Une grande partie des dispositions juridiques internes existantes concernant l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper la masse de l'insolvabilité, mais on a besoin de plus d'indications sur la façon de traiter l'insolvabilité de groupes d'entreprises de manière plus globale et, en particulier, sur le point de savoir si les groupes d'entreprises devraient être traités différemment des entités formées d'une seule société et, si tel est le cas, dans quelles circonstances ils devraient l'être.

46. Une deuxième question qui se pose dans le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est de savoir quel est le degré d'intégration

économique et organisationnelle du groupe et comment ce degré d'intégration peut influencer sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsqu'un groupe a une structure hétérogène comprenant des entreprises et des actifs non apparentés, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, et les membres insolubles peuvent être administrés séparément. Dans d'autres, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et de l'imbrication de l'actif et du passif de ses différentes parties. Dans ces cas, il arrive bien souvent que l'insolvabilité d'un certain nombre de membres du groupe entraîne inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). Il peut donc être avantageux, pour apprécier l'imminence de l'insolvabilité, d'examiner la situation du groupe dans son ensemble, ou de procéder à un examen coordonné de la situation de différents membres du groupe.

B. Demande d'ouverture et ouverture

47. Les considérations générales relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont examinées plus haut dans la deuxième partie, chapitres I et II. Comme ces chapitres s'appliquent de la même manière aux différents membres du groupe d'entreprises, il faudrait les aborder avec les questions supplémentaires spécifiques aux groupes d'entreprises examinées ci-dessous.

1. Demande conjointe d'ouverture

a) Généralités

48. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe d'entreprises et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque membre qui satisfait au critère d'ouverture et est soumis à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 10). Cette règle admet un nombre limité d'exceptions qui permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe, par exemple, lorsque toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs membres; que l'insolvabilité d'un membre du groupe risque d'avoir des effets sur d'autres membres; que les parties à la demande entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation; qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre d'un plan de redressement.

49. Les recommandations du *Guide législatif* relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture s'appliqueraient aux débiteurs appartenant à un groupe d'entreprises de la même manière qu'elles s'appliquent à des débiteurs qui sont des entreprises autonomes. Les recommandations 15 et 16, qui posent les critères auxquels les débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une

procédure, constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères, y compris celui de l'insolvabilité imminente en cas de demande émanant du débiteur. Dans le cadre d'un groupe d'entreprises, l'insolvabilité d'une société mère ou d'un membre du groupe exerçant le contrôle peut compromettre la stabilité financière d'une filiale ou d'un membre contrôlé, ou l'insolvabilité d'un certain nombre de ces membres peut compromettre la solvabilité d'autres filiales, créant ainsi un risque d'insolvabilité imminente plus large au sein du groupe. Il se peut que la recommandation 15 s'applique dans ce cas si, au moment où la demande concernant les membres insolubles du groupe est formée, on peut dire que les autres membres seront dans l'incapacité de payer leurs dettes à leur échéance.

b) Objet d'une demande conjointe d'ouverture

50. En autorisant les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture à former une demande conjointe d'ouverture, on faciliterait l'examen coordonné des demandes par le tribunal, sans remettre en cause l'identité distincte des demandeurs ni supprimer la nécessité, pour chacun d'eux, de satisfaire individuellement au critère d'ouverture applicable. Cela alerterait en outre le tribunal de l'existence d'un groupe, en particulier si la demande était accompagnée d'informations prouvant l'existence du groupe et les liens existant entre les débiteurs et, si une procédure était ensuite ouverte sur la base de cette demande conjointe d'ouverture, aurait l'avantage d'établir une date d'ouverture commune pour les membres du groupe concernés.

51. Une telle demande conjointe pourrait, sous réserve que la loi l'autorise et que les circonstances le permettent, consister soit en une demande unique formée pour tous les membres du groupe remplissant le critère d'ouverture, soit en plusieurs demandes parallèles formées en même temps pour chacun de ces membres. Cette dernière approche peut convenir lorsque les membres du groupe se trouvent dans des États différents et que différents tribunaux sont compétents (voir plus loin), ou lorsque d'autres circonstances de l'affaire, notamment l'existence d'un nombre important de procédures à coordonner, font qu'une demande unique ne serait pas pratique. Dans un cas comme dans l'autre, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'examiner de manière coordonnée si chaque membre satisfait au critère d'ouverture, en tenant compte, s'il y a lieu, du fait qu'il s'agit d'un groupe.

c) Distinction entre la demande conjointe et la coordination des procédures

52. Il faudrait distinguer la présentation d'une demande conjointe de ce que l'on appelle ci-après la coordination des procédures. La possibilité de former une demande conjointe a pour but de faciliter l'examen coordonné des critères d'ouverture et éventuellement de réduire les coûts. L'ouverture de procédures multiples sur la base d'une demande conjointe devrait également faciliter la coordination de ces procédures. Ainsi, la date d'ouverture, de même que toutes les autres dates fixées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. En autorisant la présentation d'une demande conjointe, on ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni, en particulier, si elles seront coordonnées entre elles. Néanmoins, une demande conjointe peut s'accompagner d'une demande

de coordination des procédures, comme indiqué plus bas, et peut aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

d) Inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe

53. Une question qui se pose souvent à propos des groupes d'entreprises est de savoir si un membre solvable d'un groupe peut être inclus dans la demande d'ouverture concernant d'autres membres du groupe et, si tel est le cas, dans quelles circonstances il peut l'être. Si un membre du groupe semble solvable, mais qu'un examen plus poussé montre que l'insolvabilité est imminente, l'inclusion de ce membre dans la demande serait couverte par la recommandation 15 du *Guide législatif*, comme il est noté plus haut.

54. Toutefois, si l'insolvabilité n'est pas imminente et si le membre du groupe est clairement solvable, plusieurs approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, la loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire peuvent être les suivants: l'existence, entre les membres du groupe, d'une relation, dont la description peut varier mais qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire d'un soutien pour la gestion et sur le plan financier ou d'autres facteurs similaires ne découlant pas nécessairement de la relation juridique (société mère-filiale, par exemple) qui existe entre les membres du groupe. L'inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe pourra également se concevoir dans le cas où l'existence d'un "groupe" est fictive.

55. Une telle approche pourrait faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, évitant ainsi d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolubles initiaux. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterait les actifs des membres solvables et insolubles d'un groupe.

56. Toutefois, l'une des difficultés liées à l'inclusion d'un membre solvable du groupe tient au fait que les lois sur l'insolvabilité ne visent généralement que les entités qui remplissent véritablement les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure. En revanche, un membre solvable du groupe peut être volontairement inclus dans un plan de redressement, lorsqu'il prend la décision commerciale d'y participer (voir ci-dessous, par. 184).

57. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolubles ou non, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord. La loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe qui n'est pas impliqué dans la procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture puisse se joindre plus tard à cette procédure dès lors qu'il est concerné par elle ou que sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

e) Personnes autorisées à former une demande conjointe

58. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14 du *Guide législatif*, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser qu'une demande conjointe soit formée par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture prévu par la loi. Une telle demande pourrait également être formée par tout créancier à l'égard des membres du groupe dont il est créancier. Le fait de permettre à un créancier de former une demande à l'égard de membres du groupe dont il n'est pas créancier serait contraire au critère d'ouverture de la recommandation 14.

f) Tribunaux compétents

59. Une demande conjointe émanant de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même pays, si les membres se trouvent dans différents lieux et si plusieurs tribunaux sont potentiellement compétents pour connaître de cette demande. Cela peut être le cas, par exemple, pour un groupe qui exerce ses activités au niveau national dans des États dans lesquels les questions d'insolvabilité relèvent de la compétence de tribunaux situés dans des lieux différents ou dans lesquels les demandes d'ouverture peuvent être formées auprès de différents tribunaux. Certaines lois peuvent autoriser qu'une demande conjointe soit traitée par un tribunal unique. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne autorise de traiter de la sorte les demandes conjointes visant différents débiteurs (cependant membres du même groupe) dans différents tribunaux ou États. Divers critères pourraient être utiles pour déterminer le tribunal compétent pour traiter une telle demande. Il pourrait s'agir, par exemple, du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la société mère ou d'un membre exerçant le contrôle d'un groupe, lorsque ce membre est inclus dans la demande. D'autres critères, comme l'importance de l'endettement des différents membres du groupe ou le centre de contrôle du groupe, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de constitution des comités de créanciers.

60. Il faudrait peut-être examiner la question des frais exigibles et d'autres questions connexes de procédure découlant d'une demande conjointe.

61. Bien que la question de savoir quel tribunal est compétent pour connaître d'une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se trouvent dans des États différents puisse être traitée par une autre loi que celle régissant l'insolvabilité, il est souhaitable que l'approche préconisée par la recommandation 13 du *Guide législatif* soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre de faire en sorte que toutes les parties concernées sachent précisément où et comment une telle demande peut être formée.

g) Notification de la demande

62. Les recommandations du *Guide législatif* concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe. Une demande conjointe formée par un créancier devrait être notifiée aux membres du groupe concernés par cette demande, conformément à la recommandation 19 a). Lorsque des membres d'un groupe forment une demande conjointe, il ne serait pas nécessaire de la notifier avant l'ouverture de la procédure, conformément à la recommandation 22.

Recommandations 199 à 201**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité²⁰ concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité visant ces membres du groupe d'entreprises;

b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être ordonnée à l'encontre de ces membres du groupe;

c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts liés à l'ouverture de cette procédure d'insolvabilité; et

d) D'offrir au tribunal un mécanisme²¹ permettant d'évaluer si cette procédure d'insolvabilité se prêterait à une coordination procédurale.

Contenu des dispositions législatives*Demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité*

199. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable²².

Personnes autorisées à former une demande

200. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande conjointe peut être formée par:

a) Deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable énoncé dans la recommandation 15; ou

²⁰ Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé dans la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

²¹ Une demande conjointe n'est pas une condition préalable à la coordination procédurale, mais pourra faciliter l'examen, par le tribunal, de la question de savoir si la coordination procédurale devrait être ordonnée.

²² Voir, ci-dessus, la recommandation 15 sur la demande émanant d'un débiteur et la recommandation 16 sur la demande d'ouverture émanant d'un créancier.

b) Un créancier, à condition qu'il soit créancier de chaque membre du groupe qui sera visé dans la demande conjointe.

Tribunaux compétents

201. Aux fins de la recommandation 13, les mots “ouvrir et conduire la procédure d’insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement” s’appliquent également à une demande conjointe d’ouverture de procédures d’insolvabilité visant deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises²³.

2. Coordination des procédures

a) Objet de la coordination des procédures

63. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d’économie et peut faciliter l’obtention d’informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d’insolvabilité; faciliter l’évaluation des actifs et l’identification des créanciers et autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits; et éviter les doubles emplois. Elle désigne, dans la pratique, divers degrés de coordination en ce qui concerne l’administration de plusieurs procédures d’insolvabilité ouvertes à l’égard de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises impliquant, éventuellement, un ou plusieurs tribunaux. Même s’ils sont administrés de manière coordonnée, les patrimoines respectifs des membres du groupe faisant l’objet d’une telle mesure restent séparés, ce qui permet de préserver l’intégrité de chaque entreprise du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi les effets de la coordination se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher aux questions de fond. La portée d’une décision de coordonner les procédures est généralement déterminée au cas par cas par le tribunal.

64. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordonner les procédures: mise en commun des informations pour obtenir un tableau plus complet de la situation des divers débiteurs; tenue d’audiences et de réunions simultanées, y compris de réunions conjointes de créanciers; établissement d’une liste unique des créanciers et autres parties intéressées pour l’envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration de créances et coordination de la vente d’actifs; coordination des actions en annulation et tenue de réunions de créanciers uniques ou coordination entre comités de créanciers. La rationalisation peut également être facilitée par la nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité pour administrer les procédures ou par la coordination des représentants de l’insolvabilité lorsqu’il en est nommé deux ou plus (voir ci-après, par. 173 à 177). Elle peut également consister à faire coopérer deux tribunaux ou plus ou, si le droit interne l’autorise, à

²³ La recommandation 13 prévoit que la loi sur l’insolvabilité indique clairement (ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer) le tribunal compétent pour ouvrir et conduire la procédure d’insolvabilité, y compris pour connaître des questions qui se posent pendant son déroulement. Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 59.

faire administrer les multiples procédures concernant plusieurs membres d'un groupe par un tribunal unique.

65. Lorsque deux tribunaux ou plus sont concernés, la coopération peut, par exemple, porter sur la coordination des audiences, y compris la tenue d'audiences conjointes, ainsi que sur le partage et la communication d'informations. Comme il est noté ci-après en relation avec la coopération internationale (voir partie III, chap. III, par...), des audiences conjointes ou coordonnées peuvent considérablement accroître l'efficacité de procédures d'insolvabilité parallèles concernant des membres d'un groupe d'entreprises en réunissant simultanément les parties concernées pour examiner et résoudre les questions en suspens ou les conflits potentiels, ce qui permet d'éviter des négociations interminables et les retards qui s'ensuivent. Dans ce cas, généralement, deux tribunaux ou plus tiennent des audiences en même temps, les informations étant communiquées simultanément de façon que les parties puissent entendre ou, mieux encore, voir les procédures dans chaque tribunal. Il est relativement plus facile d'organiser ce type d'audiences dans un contexte national, où il ne se pose pas de problèmes liés à l'usage de plusieurs langues, fuseaux horaires, lois, procédures et traditions judiciaires. Comme dans le contexte international, cependant, la tenue de ces audiences pourra nécessiter d'utiliser des procédures communes et de déterminer, par exemple, la manière dont les différents tribunaux classeront les documents et communiqueront les informations.

66. Plusieurs éléments peuvent être utiles pour décider s'il y a lieu de coordonner les procédures dans un cas donné. Il peut s'agir, par exemple, d'informations prouvant l'existence du groupe et faisant apparaître les liens entre les membres du groupe, y compris la position de chaque membre visé par la demande, en particulier lorsque l'un d'eux est le membre du groupe qui exerce le contrôle ou la société mère. Bien qu'il puisse être coûteux de fournir ce genre de détails lorsque des créanciers sont autorisés à demander la coordination des procédures, une telle demande part du principe que les débiteurs sont membres d'un groupe, le tribunal devant généralement s'assurer de cette relation avant d'ordonner l'ouverture d'une procédure et la coordination procédurale.

b) Participation de créanciers

67. S'agissant de la participation de créanciers, les intérêts des créanciers des différents membres du groupe peuvent diverger et il est peu probable qu'ils puissent être représentés par un comité unique. On peut toutefois concevoir qu'en cas de coordination des procédures concernant de nombreux membres d'un groupe, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre risque de s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi certains États laissent aux tribunaux toute latitude pour décider, lorsque les circonstances le justifient, de ne pas constituer de comité pour chaque entité. De manière générale, il pourrait donc être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité autorise la constitution d'un comité des créanciers unique lorsque les conditions s'y prêtent.

c) Moment où présenter une demande

68. Étant donné que les avantages de la coordination des procédures peuvent apparaître au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou une fois les

procédures ouvertes, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de coordination des procédures. C'est pourquoi une telle demande peut être formée en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure ou à tout moment ultérieur. Toutefois, étant donné que l'objectif visé est la coordination de l'administration de diverses procédures, il s'oppose, à la possibilité de former une demande à un stade avancé, l'utilité d'une telle démarche. En d'autres termes, il ne sera peut-être pas très intéressant de chercher à coordonner des procédures qui sont presque terminées. Il pourrait en aller de même pour ce qui est d'étendre une demande existante de coordination des procédures à d'autres membres du groupe lorsque ceux-ci deviennent insolvable ultérieurement.

69. Pour apporter une certaine sécurité, une loi sur l'insolvabilité pourra adopter l'approche consistant à prévoir un délai pour la présentation d'une demande de coordination des procédures. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsqu'on examine l'opportunité de fixer un délai, il faudra tenir compte à la fois des avantages d'un tel délai, des risques de rigidité qui pourraient en découler et de la nécessité de veiller au respect de ce délai.

d) Personnes autorisées à présenter une demande

70. Il est souhaitable de rendre la coordination des procédures aussi accessible que possible et de laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier si la coordination des différentes procédures en faciliterait l'administration. Celui-ci pourra déterminer s'il doit ordonner la coordination d'office, en particulier dans les cas où il apparaît que la coordination servirait au mieux les intérêts du groupe d'entreprises et faciliterait l'administration, mais où aucune demande en ce sens n'est présentée par une partie autorisée à le faire. Il pourra également ordonner la coordination en réponse à une demande émanant de parties autorisées, comme un membre du groupe soumis à une procédure, le représentant de l'insolvabilité d'un membre, qui détient généralement les informations les plus pertinentes pour présenter une telle demande, ou un créancier.

71. S'agissant des demandes émanant de créanciers, les limites d'admissibilité applicables au dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure ne doivent pas nécessairement s'appliquer. Lorsque la coordination procédurale est demandée au moment du dépôt de la demande d'ouverture, la question de l'ouverture peut être traitée séparément de celle de la coordination procédurale. De même, une fois la procédure ouverte, il n'existe aucune raison de n'autoriser que les créanciers qui sont créanciers des membres à demander la coordination. La décision d'ordonner la coordination procédurale ne devrait pas dépendre du statut du créancier qui dépose la demande.

e) Tribunaux compétents

72. La coordination des procédures peut aussi soulever les mêmes questions de compétence que celles mentionnées plus haut en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 59 à 61), à savoir que différents tribunaux nationaux ont compétence sur les différents membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans les pays où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, différentes procédures peuvent être regroupées ou renvoyées à un tribunal

unique, par exemple le tribunal compétent pour administrer une procédure d'insolvabilité concernant la société mère d'un groupe. Un certain nombre de critères différents, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, peuvent également être choisis pour déterminer le tribunal compétent au niveau interne. Pour regrouper les procédures ou les renvoyer à un tribunal unique, il faut établir une communication entre les tribunaux concernés avant que le renvoi n'ait lieu. Il se peut aussi que les créanciers des différents membres d'un groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui pose la question de la représentation et du lieu de constitution ou de rencontre des comités de créanciers.

73. Bien que ces questions puissent être traitées par une autre loi que celle qui régit l'insolvabilité, il est souhaitable, comme il est noté plus haut à propos des demandes conjointes (par. 61), que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait, pour cela, que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi permettant de déterminer le tribunal compétent pour connaître une demande de coordination procédurale.

f) Notification de la coordination des procédures

74. Une demande de coordination des procédures peut être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture formée conformément aux dispositions du *Guide législatif* (voir recommandations 19, 22 à 24). Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne doit être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers, conformément à la recommandation 19.

75. Une demande présentée à ce moment par les membres du groupe ne doit pas nécessairement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 23 et 24, mais les informations pertinentes, telles que le contenu ou les conséquences de la décision, pourraient être incluses dans la notification d'ouverture.

76. Lorsqu'une demande de coordination des procédures est présentée après l'ouverture de la procédure, il peut être opportun d'en notifier les créanciers, bien que la coordination des procédures ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux. La notification pourra être particulièrement importante lorsque la loi prévoit, comme cela est noté plus haut, que des procédures ouvertes dans différentes juridictions seront renvoyées à un tribunal unique ou administrées par lui, et que ce renvoi risquera d'avoir des incidences sur des aspects des procédures qui intéressent les créanciers, notamment le lieu de rencontre d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

77. Il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permet et lorsque les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers titulaires de créances d'un très faible montant. Outre les informations requises par les recommandations ci-dessus relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure (recommandation 25), la notification d'une décision de coordination pourrait préciser le contenu de cette décision et comprendre des informations relatives, par exemple, à la coordination des audiences et des réunions et aux mesures à prendre s'agissant des accords de prêt.

g) Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

78. Étant donné que la coordination des procédures a pour objectif de promouvoir l'efficacité administrative et de réduire les coûts, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou la mainlevée d'une ordonnance en cas de changement de circonstances. Cette approche peut, par exemple, se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. La mainlevée d'une ordonnance, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que l'ordonnance initiale n'est pas censée avoir d'incidence sur les droits fondamentaux. La loi sur l'insolvabilité pourrait, à titre de protection, prévoir qu'il est possible d'annuler ou de lever une ordonnance sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux mesures déjà prises ni aux droits liés à l'ordonnance initiale.

Recommandations 202 à 210**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter la coordination de l'administration de ces procédures tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et
- b) De favoriser la rationalisation des coûts et de permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes.

Contenu des dispositions législatives***Coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus***

202. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être coordonnée à des fins procédurales.

203. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁴ peut ordonner la coordination procédurale à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 206, à présenter une telle demande, ou de sa propre initiative.

204. La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la notification conjointe; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité; la coordination des actions en annulation; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; et la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations. L'étendue de la coordination procédurale devrait [dans chaque cas] être précisée par le tribunal.

²⁴ La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres d'un groupe ou un seul tribunal compétent pour un certain nombre de procédures d'insolvabilité différentes visant des membres d'un même groupe. Par conséquent, une décision de coordonner les procédures pourra exiger l'intervention de plusieurs tribunaux.

*Demande de coordination procédurale**– Moment où présenter une demande*

205. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur²⁵.

Personnes autorisées à présenter une demande

206. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être présentée par:

a) Un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises; ou

c) Un créancier²⁶ d'un membre d'un groupe d'entreprises visé dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

Coordination de l'examen d'une demande

207. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁷ peut prendre les mesures appropriées pour coordonner, avec tout autre tribunal compétent, l'examen d'une demande de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences conjointes, ainsi que le partage et la communication d'informations.

Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

208. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il est permis de modifier ou de lever une ordonnance de coordination procédurale, à condition que cette modification ou mainlevée n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance. Lorsque plusieurs tribunaux ordonnent la coordination procédurale, ils peuvent prendre les mesures appropriées pour en coordonner la modification ou la mainlevée.

Tribunaux compétents

209. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux ordonnances de

²⁵ L'impossibilité d'ordonner une coordination procédurale à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus par. 68 et 69.

²⁶ Pour être en droit de former une demande, un créancier n'a pas à être créancier de tous les membres du groupe à l'égard desquels il demande la coordination procédurale.

²⁷ Voir note 23 ci-dessus.

coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²⁸.

Notification de la coordination procédurale

210. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de coordination procédurale, ainsi que de la modification ou mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de l'ordonnance; la (ou les) personne(s) à notifier; la partie chargée de la notification et le contenu de cette dernière.

C. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

79. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail ci-dessus (voir partie II, chap. II). De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après, et concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, y compris les ordonnances de regroupement des patrimoines.

1. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

a) Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe

80. Comme il est noté plus haut (voir partie II, chap. II, par. 26), de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les recommandations relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité engagées à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

81. Une question qui peut se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises, mais pas dans le cas de débiteurs autonomes, est l'extension de l'arrêt des poursuites à un membre qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable d'un groupe à être inclus dans la procédure). Elle peut revêtir une importance particulière pour un groupe d'entreprises en raison de l'interdépendance de ses activités commerciales. Lorsque, par exemple, des arrangements financiers sont conclus à l'échelle du groupe, au moyen de garanties croisées ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre peut avoir des incidences sur le passif d'un autre. De même, des actes concernant l'actif des membres qui ne sont pas soumis à la procédure d'insolvabilité peuvent avoir des répercussions sur l'actif

²⁸ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 59 et note 23.

et le passif des membres visés par des demandes d'ouverture ou par des procédures d'insolvabilité ou sur leur capacité à poursuivre le cours normal de leurs affaires.

82. L'extension de l'arrêt des poursuites au membre solvable peut être recherchée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur de chercher à faire exécuter un accord à un membre solvable, alors que cette exécution risque d'avoir des répercussions sur le passif d'un autre membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'un membre solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Dans ces cas, l'extension peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'un membre du groupe établi pour détenir certains actifs ou obligations.

83. Dans certains États, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non inclus dans la procédure), car elles seraient incompatibles avec, par exemple, la protection des droits réels ou soulèveraient des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait, dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures de protection au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'autres membres du groupe. Les mesures seraient laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

84. Ces mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme prévu dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

85. Des mesures pourraient également être proposées à titre provisoire. La recommandation 39 traite des mesures provisoires, en précisant les types de mesures pouvant être prononcées "à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, 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".

86. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe est également traitée plus haut dans les recommandations pertinentes. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

87. Lorsqu'un créancier garanti est un membre du même groupe que le ou les débiteurs, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement des patrimoines ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous, par. 121 à 126).

b) Financement postérieur à la demande d'ouverture

88. La section consacrée au financement postérieur à la demande d'ouverture (partie II, chap. II) reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs.

89. Le même besoin de financement se pose entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure (financement dit "postérieur à la demande d'ouverture"). Lorsque le membre d'un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette demande entraîne souvent un défaut d'exécution des conventions de prêt en vigueur, ce qui autorise le prêteur à cesser d'avancer des fonds en vertu de ces conventions. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité sur demande, plusieurs mois s'écoulent souvent entre le dépôt de la demande et le début de la procédure. Pendant cette période, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si les débiteurs soumis à la demande répondent aux critères légaux qui régissent l'ouverture d'une procédure. Par contre, si le membre du groupe doit poursuivre son activité pendant cette évaluation, il doit être en mesure de continuer à réaliser ses opérations, à payer ses salariés, à payer ses fournisseurs et, d'une manière générale, à mener ses activités quotidiennes. L'existence ou l'absence de financement pendant cette période peut déterminer si le redressement de l'entreprise ou du groupe d'entreprises sera finalement une option viable ou s'il sera nécessaire de procéder à la liquidation ou, du moins, considérablement influencer cette décision.

90. Comme il est noté plus haut (partie II, chap. II, par. 96), à défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi entraîner des problèmes délicats, comme l'application de pouvoirs d'annulation et l'engagement de la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Ainsi, certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant cette période, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente.

91. L'existence, dans la loi sur l'insolvabilité, d'une disposition permettant l'obtention d'un financement entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure fournirait l'autorisation nécessaire, et donnerait à tout

prêteur existant ou nouveau les garanties et les incitations nécessaires pour qu'il apporte d'autres ressources financières pendant cette période.

92. La recommandation 39 autorise le tribunal à prononcer des mesures provisoires pour préserver la valeur des actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger ces actifs et les intérêts des créanciers. Étant donné que ces mesures pourraient inclure l'autorisation d'un financement postérieur à la demande d'ouverture, l'octroi de ce financement devrait être considéré comme relevant du champ d'application de la recommandation 39.

2. Utilisation et disposition des actifs

93. Il est noté plus haut (voir partie II, chap. II, par. 74) que, bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en la possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

94. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement de la procédure. Lorsque ces actifs sont en la possession de l'un des membres insolubles du groupe, la recommandation 54, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en la possession du débiteur, pourrait être suffisante.

95. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres insolubles du groupe, la recommandation 54 ne s'appliquera pas de manière générale. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe qui se trouve en possession de ces actifs sera inclus dans la procédure d'insolvabilité ou les dispositions d'un plan de redressement du groupe devront couvrir les actifs (voir plus loin, par. 184, pour l'examen de la question de l'inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement). Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans la procédure, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres insolubles du groupe et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une sorte d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

3. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

a) Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

96. Lors de l'examen de la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir partie II, chap. II, par. 94 et 95), il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer

à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il a également été noté, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

97. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure d'insolvabilité autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces. L'impact économique de cet échec risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons qui poussent à promouvoir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, bien qu'il risque de se poser un certain nombre de questions différentes. Ces questions pourront avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser, comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable; au traitement des opérations menées essentiellement entre des parties ayant des liens privilégiés (voir glossaire, par. jj)); à l'octroi d'un financement par d'autres membres du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité; à l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe; et à l'opportunité de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

98. Les recommandations 63 à 68 tendent à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur et à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à d'autres parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces recommandations s'appliqueraient à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un prêteur extérieur ou par un membre solvable du groupe.

b) Sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

99. Comme indiqué plus haut (voir partie II, chap. II, par. 99), les sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont peu nombreuses. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces sources peuvent être à la fois externes et internes au groupe, sachant que les sources internes peuvent comprendre des

membres solvables du groupe ainsi que des membres déjà soumis à la procédure d'insolvabilité. Même si certaines des raisons qui poussent les prêteurs extérieurs et internes à octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peuvent être les mêmes, les prêteurs internes peuvent y être d'autant plus encouragés pour assurer leur propre survie lorsqu'ils sont visés par un plan de redressement.

i) Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre solvable du groupe

100. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, en recourant par exemple à une sûreté réelle ou personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations relatives à la priorité et aux sûretés. Il se peut que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe tout entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de ses activités, en particulier lorsqu'il est étroitement lié aux membres insolubles ou qu'il dépend d'eux pour poursuivre ses activités. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, peuvent participer de différentes manières à l'insolvabilité des autres membres du groupe, notamment en octroyant une sûreté personnelle ou réelle aux membres insolubles du groupe pour les aider à obtenir un nouveau financement.

101. Cependant, l'utilisation des actifs d'un membre solvable à cette fin, en particulier lorsque ce membre solvable risque de devenir, ou devient ultérieurement, insolvable, soulève plusieurs questions. Ce dernier pourrait accorder ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement pourraient être régies en dernier ressort par cette dernière. On pourra, par exemple, se demander si un membre solvable du groupe pourrait bénéficier de la priorité prévue dans la recommandation 64 s'il finançait un membre insolvable; si la créance naissant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce que les opérations s'effectuaient entre parties ayant des liens privilégiés; ou si elle pourrait être considérée comme préférentielle en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement pourrait être interdit, car il équivaldrait à un transfert d'actifs d'une entité solvable à une entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première.

102. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes externes fournissant le financement, pourrait participer par contrat. S'il se pouvait que dans certaines situations cette approche puisse convenir, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dès le début de la procédure d'insolvabilité dans le cadre d'une procédure de redressement avant qu'un plan puisse être négocié et dans des situations telles que la liquidation en vue

de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement, fait qu'elle aurait probablement une application limitée.

103. La recommandation 63 énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et de son autorisation (par le tribunal ou par les créanciers). Ces critères restent valables dans le contexte de groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité qui obtient un financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'un prêteur extérieur ou d'un membre solvable du groupe. Elle ne s'applique toutefois pas à un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité qui fournit un financement postérieur à l'ouverture de la procédure directement à un autre membre du groupe ou qui facilite l'octroi d'un tel financement en recourant à une sûreté réelle ou personnelle.

ii) *Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre insolvable du groupe*

104. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité ailleurs dans le *Guide*. Il faudra, pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans cette situation, étudier plus avant certaines des interdictions générales que prévoient les lois existantes en ce qui concerne les entités insolvable qui empruntent et prêtent des fonds (voir ci-dessus, par. 96). Les raisons qui justifient ces interdictions sont probablement encore plus évidentes lorsque le prêteur et l'emprunteur sont tous deux non seulement insolvable et soumis à la procédure d'insolvabilité, mais aussi membres du même groupe d'entreprises. Ce dernier élément peut en outre soulever des problèmes quant aux devoirs et obligations du représentant de l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité d'un membre insolvable du groupe souhaite faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à l'autre membre insolvable du groupe.

105. Si l'on peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à la procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à un autre membre qui se trouve dans le même cas, ou de faciliter un tel financement, il pourra exister des situations, quoique vraisemblablement limitées, dans lesquelles cela sera à la fois possible et souhaitable, en particulier lorsque les intérêts d'un groupe d'entreprises sont considérés dans leur ensemble. Dans la mesure où ce financement a une incidence sur les droits des créanciers – garantis ou non – des deux membres, il faudrait le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur de continuation de l'entreprise profite en fin de compte à ces créanciers. Il pourrait également être souhaitable de trouver un juste équilibre entre le fait de sacrifier un membre du groupe au profit des autres et celui d'obtenir un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que potentiellement difficile à atteindre, le but pourrait être de répartir équitablement les conséquences néfastes qui résultent d'un tel financement à court terme, cela dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de

sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres parties concernées par le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

Conflit d'intérêts

106. L'octroi d'un financement dans le contexte d'un groupe soulève des questions en ce qui concerne d'éventuels préjudices et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts peut surgir, par exemple, pour concilier les intérêts du groupe dans son ensemble et ceux potentiellement différents du prêteur et du bénéficiaire du financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsqu'un représentant unique de l'insolvabilité est nommé pour plusieurs membres du groupe. Par exemple, le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourra également être celui du membre bénéficiaire. Cette situation pourra être résolue de différentes manières dans la loi sur l'insolvabilité, par exemple, en exigeant qu'un tribunal ou un créancier approuve le financement ou en nommant un ou plusieurs représentants supplémentaires pour protéger les intérêts des créanciers des différents membres du groupe (voir ci-après, par. 173 à 178). Ce ou ces représentants pourront être nommés pour résoudre ce conflit particulier ou de manière plus générale pour la durée de la procédure.

107. Une autre question qui se pose est de savoir si un membre insolvable du groupe, dans le cadre des arrangements de financement du groupe d'entreprises dans son ensemble, peut être tenu de garantir le financement octroyé à un membre solvable du groupe. Étant donné que la fourniture d'une telle garantie équivaldrait probablement à un acte de disposition des actifs du membre insolvable du groupe, elle pourrait être visée par les recommandations traitant de cette question (voir recommandations 52 à 62).

iii) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

108. La recommandation 64 énonce la nécessité de définir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et le rang de cette priorité, à savoir avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Si la priorité constitue généralement une importante incitation à octroyer un tel financement, l'incitation requise dans le contexte d'un groupe est peut-être légèrement différente de celle requise dans le cas d'un débiteur autonome. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement pourra tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme. Dans ces conditions, on pourra s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité accordé par la recommandation 64 serait approprié. On pourra, d'une part, estimer que ce rang de priorité encourage l'octroi d'un financement et protège suffisamment les créanciers du membre qui octroie le financement. On pourra également, d'autre part, estimer qu'en raison de la nature privilégiée de l'opération et du contexte de groupe (y compris l'intérêt qu'a le membre qui octroie le financement dans l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe), il serait souhaitable d'accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers du membre qui octroie le financement et ceux du membre qui

en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

iv) *Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

109. Les recommandations 65 à 67 traitent de questions relatives à la constitution d'une sûreté en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut constituer une sûreté du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure qu'il a obtenu. Cette situation est visée par les recommandations 65 à 67. Un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut également constituer une sûreté du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie du remboursement du financement octroyé à un autre membre du groupe qui se trouve dans le même cas. Dans ce dernier cas, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne perçoit pas directement le bénéfice du financement et réduit potentiellement les actifs dont disposent ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi d'un financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité globale. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est contrebalancé par le gain qu'obtiennent à long terme les créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct, mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

110. Pour faire pendant aux exigences de la recommandation 63 concernant le membre du groupe qui reçoit le financement, il pourrait être souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité détermine si la fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du membre du groupe ou pour préserver ou augmenter la valeur de sa masse. Une exigence supplémentaire pourrait être que tout détriment causé aux créanciers du membre du groupe fournissant le financement soit contrebalancé par le bénéfice à retirer de la constitution de cette sûreté.

111. Conformément à la recommandation 63, la loi sur l'insolvabilité pourrait également exiger l'autorisation du tribunal ou le consentement des créanciers du membre du groupe qui fournit le financement. Étant donné qu'il peut être nécessaire d'obtenir un nouveau financement de manière relativement urgente pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Les avantages et les inconvénients des différents types d'autorisation qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe sont examinés plus haut (voir partie II, chap. II, par. 105 et 106). On ajoutera que puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce contexte, faisant intervenir un nombre plus important de parties et des relations complexes, il est probable que ce sont les représentants de l'insolvabilité des membres correspondants du groupe qui seront le mieux à même d'évaluer l'impact du financement proposé, de même que pour ce qui est de déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Bien que la participation des tribunaux ou des créanciers soit jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que l'on pourra rencontrer des retards lorsqu'il existe un

grand nombre de créanciers à consulter ou lorsque le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

112. Lorsqu'il est jugé souhaitable d'accorder à une sûreté constituée pour garantir un nouveau financement un rang de priorité supérieur à celui d'une sûreté existant sur le même actif, comme l'envisage la recommandation 66, les garanties prévues par cette recommandation et par la recommandation 67 s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe.

v) *Garantie personnelle ou autre assurance de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

113. L'offre, par un membre du groupe, d'une garantie personnelle de remboursement d'un nouveau financement à un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée ailleurs dans le *Guide*. Comme, cependant, les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut en ce qui concerne la constitution d'une sûreté, il pourra être judicieux d'adopter la même approche en ce qui concerne les décisions à prendre par le représentant de l'insolvabilité et la sollicitation éventuelle de l'autorisation du tribunal ou du consentement des créanciers.

Recommandations 211 à 216

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement par des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de leur entreprise ou pour préserver ou augmenter la valeur de leurs actifs;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient ou qui reçoivent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres concernés, du bénéfice et du préjudice associés à l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Contenu des dispositions législatives²⁹

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

[211. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

²⁹ Les recommandations 211 à 216 ont été révisées à la trente-sixième session du Groupe de travail, mais n'ont pas été examinées faute de temps. C'est pourquoi elles figurent ici entre crochets.

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De constituer une sûreté réelle sur ses actifs en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.]

[212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être [octroyé] [avancé ou facilité] conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, constitue une sûreté réelle ou offre une sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre;

b) Le juge nécessaire à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

c) Constate [conformément à la loi sur l'insolvabilité] que tout préjudice causé aux créanciers est compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'octroi de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.]

[213. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement conformément aux recommandations 211 et 212.]

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité

[214. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu d'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité par un autre membre du groupe qui se trouve dans le même cas lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui reçoit le financement juge que ce financement est nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'obtention de ce financement.]

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

[215. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rang de priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.]

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

[216. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211 b).]

4. Procédure d'annulation**a) Nature des opérations dans un groupe d'entreprises**

114. Les recommandations 87 à 99 relatives à l'annulation s'appliqueraient de manière générale aux opérations effectuées entre membres d'un groupe d'entreprises. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations en raison de la structure du groupe et des différentes relations que les membres du groupe peuvent avoir les uns avec les autres. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Certaines opérations qui sembleraient préférentielles ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe d'entreprises, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. Ces opérations, par exemple des contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert³⁰, peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent des contrats similaires conclus par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe d'entreprises ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

115. Les "opérations intragroupe" peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices d'un membre du groupe à un membre du groupe qui exerce le contrôle; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements effectués par une société à un créancier d'une société apparentée; une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe; ou diverses autres opérations. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs à sa disposition dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment regrouper les liquidités de certains membres du groupe auprès du membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des différents membres du groupe, certaines lois permettent aux administrateurs de membres d'un groupe

³⁰ Le prix de cession interne est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

détenus à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur du membre du groupe qui exerce le contrôle.

b) Critères d'annulation dans le contexte d'un groupe d'entreprises

116. Une question qu'il faudrait peut-être examiner dans le cas d'un groupe est celle de savoir si les dispositions d'annulation ont pour but de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier, du fait qu'elles constituent des opérations réalisées dans le cours normal des affaires, ou de les soumettre à un examen particulier et à une annulation plus probable en raison des liens qui existent entre les auteurs des opérations en tant que membres du groupe et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". La "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est définie de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises, tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur (glossaire, al. kk)). Si, dans certains cas, un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière, la simple existence d'un groupe d'entreprises ne suffit pas toujours à justifier que toutes les opérations intragroupe soient traitées comme des opérations entre "personnes ayant des liens privilégiés entre elles" qui devraient être susceptibles d'annulation, comme il est noté plus haut (partie II, chap. V, par. 48).

117. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87. D'autres, en revanche, n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et des créanciers externes. Certaines opérations peuvent être des opérations intragroupe parce qu'elles ne peuvent pas être réalisées différemment ou résultent de la manière dont le groupe est structuré. Ainsi, dans certaines situations, il se peut que seul un financement intragroupe soit disponible, et il n'y a pas de raison de traiter une telle opération de manière plus stricte qu'une opération impliquant un prêteur extérieur. De même, comme il est noté plus haut, un groupe peut impliquer des flux ou des transferts centralisés de liquidités qui ne se produiraient pas en l'absence d'un groupe.

118. D'autres opérations encore ne seront peut-être pas couvertes par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux créanciers d'un membre appartenant au même groupe, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une sûreté personnelle. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité aborde ces questions dans le contexte des groupes et fasse des facteurs liés aux groupes des éléments à prendre en compte

pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

119. La recommandation 97 mentionne les preuves à produire pour annuler une opération particulière et les défenses à opposer. Il pourrait être judicieux d'étudier comment ces preuves s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'imposerait. Une approche de la charge de preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait consister à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Certaines lois, par exemple, ont établi que les opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations qui s'effectuent au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables si elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'effectuent dans le cadre de la loi applicable et des activités normales des membres du groupe concerné. Une telle opération pourrait néanmoins appeler une surveillance particulière (sur le modèle de ce que préconise la recommandation 184 pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur), approche suivie par certaines lois qui permettent également que les droits de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe soient subordonnés aux droits des créanciers externes des membres insolubles.

120. La recommandation 93 n'aborde que brièvement la façon, pour un créancier, d'engager une action en annulation avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, le degré d'intégration peut grandement influencer l'aptitude des créanciers à identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et fournir ainsi les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations 217 et 218

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation entre les membres d'un groupe d'entreprises est [de prévoir, en sus des considérations exposées dans les recommandations 87 à 99, que la loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir compte du fait que l'opération s'est déroulée dans le contexte d'un groupe d'entreprises et de définir les circonstances spécifiques qui peuvent être prises en compte par le tribunal.]

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

217. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui, le

tribunal peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: la relation entre les parties à l'opération; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense

218. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 s'appliqueraient à l'annulation d'opérations dans le cadre d'un groupe d'entreprises³¹.

5. Déclassement

121. Il est noté plus haut (voir partie II, chap. V, par. 56) que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire ou d'une décision judiciaire. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur.

a) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

122. Dans le contexte des groupes d'entreprises, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements intragroupe seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité.

123. Comme cela est expliqué ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" inclurait les membres d'un groupe d'entreprises. Le simple fait, cependant, d'une relation privilégiée avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe, l'appartenance au même groupe d'entreprises, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances. Parfois, ces dernières seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe d'entreprises.

³¹ À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions particulières.

124. Un certain nombre de situations dans lesquelles un traitement spécial pourrait se justifier (par exemple, lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance) sont recensées dans la deuxième partie, chapitre V, paragraphe 48. Dans le contexte d'un groupe, d'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre une société mère et un membre contrôlé du groupe, la participation de la première à la gestion du second; le fait que la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait que la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers et d'actionnaires du membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces circonstances pourrait entraîner le déclassement des créances de la société mère après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires du membre contrôlé du groupe.

125. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que des dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en permettant au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

126. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers, mais aussi à ses actionnaires et, en cas de redressement, à l'ensemble du groupe. L'adoption d'une politique consistant à déclasser ces créances peut aussi avoir pour effet de décourager le prêt intragroupe.

b) Traitement des participations au capital

127. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances de propriétaires et d'actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur (voir partie II, chap. V, par. 76). S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du

classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

128. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes d'entreprises. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital, plutôt que comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio d'endettement initial était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

129. Le déclassement est examiné plus haut dans le contexte du traitement des créances et des priorités, mais le *Guide* ne recommande pas de déclasser certains types de créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité, notant simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189)³².

D. Voies de droit

130. En raison de la nature des groupes d'entreprises et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe une toile complexe d'opérations financières intragroupe et que les créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, et non avec plusieurs membres séparément. Toute tentative de démêler les actifs et les passifs et d'identifier les créanciers de chaque membre du groupe exigera probablement une enquête juridique complexe et coûteuse. Quoi qu'il en soit, le principe de l'entité distincte voulant que chaque membre ne soit tenu qu'envers ses propres créanciers, il faudra peut-être, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre d'un ou de plusieurs membres, dissocier l'actif et le passif de chacun.

131. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre sur lequel portent ces créances. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque des raisons précises conduisent à traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger à ce principe. À l'origine, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines.

³² Voir également le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquatement utilisées, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

132. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un membre du groupe de partager l'actif et le passif avec d'autres membres potentiellement moins solvables, les voies de droit qui dérogent au principe de l'entité distincte ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent permettre de "percer" ou de "lever" le "voile de la personnalité juridique" et, partant, de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

1. Extension de la responsabilité

133. L'extension de la responsabilité pour les dettes externes et, dans certains cas, pour les actes des membres du groupe faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux membres solvables et aux dirigeants concernés est, dans certaines lois, une voie de droit ouverte à chaque créancier au cas par cas qui dépend de la relation que ce créancier entretient avec le débiteur.

134. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles la responsabilité limitée des sociétés admet des exceptions et où un membre du groupe et les dirigeants concernés pourraient être tenus responsables des dettes et actes d'un autre membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche prescriptive en limitant strictement ces circonstances; d'autres adoptent une démarche plus ouverte en laissant aux tribunaux une large marge d'appréciation pour évaluer chaque cas d'espèce à partir de principes directeurs précis. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà du membre insolvable se justifie par la relation entre ce membre et les membres ayant des liens privilégiés avec lui en matière de participation et de contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement du membre ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

135. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité pourrait être étendue, les exemples tombent généralement dans les catégories suivantes. On notera, cependant, que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que, parfois, celles-ci se chevauchent:

a) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, notamment l'exploitation constamment à perte de ce membre dans l'intérêt du membre du groupe qui exerce le contrôle;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'un membre du groupe ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou conduite des affaires de ce membre dans l'intention de frauder des créanciers;

c) Exploitation d'un membre du groupe comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'un membre du groupe d'une manière risquant de porter préjudice à certaines catégories de créanciers (par exemple, endettement envers les salariés d'un membre du groupe);

e) Fragmentation artificielle d'une entreprise unique en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant que personnes morales distinctes, notamment le non-respect de la responsabilité limitée des membres du groupe ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou utilisation de la structure de groupe comme simple leurre ou façade, par exemple l'utilisation de la forme sociale pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

f) Capitalisation insuffisante d'une entité, de sorte qu'elle ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations. Cette sous-capitalisation peut exister lors de la création de l'entité ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du fait que ces derniers touchent des montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

g) Fausse déclaration sur la nature réelle du groupe d'entreprises conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre d'un groupe;

h) Faute d'exécution, toute personne, y compris un membre du groupe, pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par un autre membre du fait d'une fraude, du manquement à une obligation ou de toute autre faute, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs, y compris les administrateurs occultes d'un membre du groupe, ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si ce membre peut normalement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois qu'il est devenu insolvable. Le fait de permettre ou d'ordonner à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

j) Non-respect de prescriptions réglementaires, comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'une filiale ou d'un membre contrôlé du groupe.

136. Généralement, le simple fait qu'un membre du groupe contrôle ou domine un autre membre, ou toute autre forme d'intégration économique étroite au sein d'un groupe d'entreprises, n'est pas considéré comme une raison suffisante pour ignorer la personnalité juridique distincte de chaque membre et pour lever le masque de la personnalité morale.

137. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue au membre du groupe qui exerce le contrôle, les membres du conseil d'administration de ce membre (qui peuvent être décrits comme des administrateurs occultes ou de fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Alors que les administrateurs d'un membre du groupe sont généralement redevables de certaines obligations envers ce dernier, ils devront peut-être concilier ces obligations avec les intérêts commerciaux et financiers généraux du groupe. Pour défendre ces intérêts

généraux, par exemple, il faudra peut-être, dans certaines circonstances, sacrifier ceux de certains membres. Afin de déterminer si les administrateurs d'un membre du groupe qui exerce le contrôle seront personnellement responsables des dettes ou actes d'un membre contrôlé qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion du membre contrôlé; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion du membre insolvable; manquement ou non de la direction du membre du groupe qui exerce le contrôle à son obligation de vigilance et de diligence, ou abus ou non du pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion du membre contrôlé et son insolvabilité. Dans certains pays, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que le membre du groupe qui exerce le contrôle était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

138. Il existe également des lois en vertu desquelles le membre du groupe qui exerce le contrôle ou la société mère assument la responsabilité des dettes des membres contrôlés ou des filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers concernés sont des banques, ou par des mécanismes volontaires de garantie réciproque. Dans d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes d'entreprises, le membre principal du groupe peut être solidairement responsable envers les créanciers des membres intégrés, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'intégration.

2. Ordonnances de contribution

139. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont soumis à des procédures d'insolvabilité. Bien que ce type de mesures ne soit pas très courant dans les lois sur l'insolvabilité, quelques pays les ont adoptées ou envisagent de le faire, en les limitant généralement aux procédures de liquidation.

140. Certaines des questions évoquées ci-dessous ne nécessitent pas forcément que des dispositions spécifiques soient incluses dans la loi sur l'insolvabilité étant donné que d'autres lois peuvent déjà prévoir des voies de droit, comme celles concernant la responsabilité et la faute de gestion.

141. Dans les lois qui autorisent effectivement les ordonnances de contribution, la difficulté, évoquée plus haut, de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux membres distincts fait que le pouvoir de rendre ce type d'ordonnance n'est pas fréquemment exercé. Les tribunaux estiment également qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité du membre du groupe non encore en liquidation, bien qu'il soit possible d'ordonner une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple le solde restant après l'exécution des obligations de bonne foi.

142. Dans l'une des lois qui prévoient des ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance, à savoir notamment: la mesure dans laquelle un membre ayant des liens privilégiés avec le membre en liquidation a

pris part à la gestion de ce dernier; la conduite dont le membre ayant des liens privilégiés a fait preuve vis-à-vis des créanciers du membre en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les membres du groupe ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions du membre ayant des liens privilégiés; la conduite d'un membre solvable du groupe après l'ouverture de la procédure de liquidation envers un autre membre du groupe, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers du membre soumis à la procédure d'insolvabilité, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat; et tout autre élément que le tribunal juge approprié³³. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée, par exemple, lorsque la filiale ou le membre contrôlé doivent assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère ou le membre qui exerce le contrôle ont permis à la filiale ou au membre contrôlé, alors qu'ils étaient insolvable, de poursuivre leur activité.

3. Regroupement des patrimoines

a) Introduction

143. Comme nous l'avons noté plus haut, lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des réclamants demeurant inchangés. Le regroupement des patrimoines, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique. Les actifs sont donc traités comme s'ils faisaient partie d'une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers des membres ainsi regroupés. Peu de pays disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle n'est pas fréquemment utilisée. On s'inquiète principalement du fait que le regroupement remet en cause le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe, qui est souvent utilisé pour structurer un groupe d'entreprises à diverses fins commerciales, remplissant différents objectifs et ayant d'importantes conséquences, par exemple en termes de droit fiscal, de droit des sociétés et de règles de gouvernement d'entreprise. De nombreux avantages issus de la flexibilité de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient, d'une manière systématique, au regroupement des patrimoines.

144. Malgré l'absence de dispositions législatives expresses ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines peut être ordonné, les tribunaux de certains pays ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé que lorsque, en raison de l'intégration poussée des membres d'un groupe, du fait d'une participation ou d'un

³³ New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 1) a) et 272 1).

contrôle, il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différents membres sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources.

145. Le regroupement est généralement examiné dans le contexte d'une liquidation et la législation qui l'autorise le fait uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les pays dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement serait également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement par consensus se produit fréquemment dans des affaires portant sur des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle devait être présentée. Un regroupement serait aussi possible par le biais d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pourrait être appliquée avec l'approbation des créanciers.

146. Le regroupement pourrait se justifier lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe, de la conduite de leurs affaires et de leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que la propriété intellectuelle utilisée à la fois dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et dans le produit de ce processus. Une autre raison pourrait être l'absence de réelle séparation entre les membres et le maintien de la structure de groupe uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses.

147. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions de regroupement – et qui s'ajoutent à celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte – tiennent notamment à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un membre moins solvable du groupe, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent ou non sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Il se pourrait que certains créanciers aient compté sur les actifs distincts ou sur l'identité juridique distincte d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, et ils ne devraient donc pas se voir refuser un paiement intégral en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe dont ils n'avaient pas connaissance. Il se pourrait que d'autres créanciers aient compté sur les actifs du groupe dans son ensemble, et il serait injuste de limiter leur recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

148. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement ne permettra pas nécessairement à chacun des créanciers de recouvrer davantage, mais pourrait avoir plutôt pour effet de niveler les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, en augmentant le montant distribué à certains au détriment d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient pas leur revenir; d'inciter des créanciers opposants à recourir contre une décision de regroupement, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité;

et de compromettre la sécurité offerte par les sûretés réelles ainsi que leur réalisation (si des créances intragroupe disparaissaient en raison d'un regroupement, les créanciers titulaires de sûretés en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

149. Le regroupement concernerait généralement les membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, mais il pourrait, dans certains cas et lorsque certaines lois sur l'insolvabilité le permettent, s'étendre à un membre apparemment solvable du groupe. Cette situation pourrait survenir lorsque les affaires de ce membre sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement, lorsque des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de la confusion des actifs ou lorsque la personne morale est fictive ou se livre à des pratiques frauduleuses. Si le membre solvable du groupe doit être soumis à la procédure d'insolvabilité, la situation peut être particulièrement préoccupante pour ses créanciers, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers, ce qui serait toutefois difficile en cas de confusion des actifs ou de fraude.

b) Circonstances justifiant un regroupement

150. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les décisions de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit de mettre en balance ces différents éléments pour prendre une décision juste et équitable; aucun élément n'est nécessairement décisif à lui seul et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par les mêmes personnes; le niveau de difficulté pour isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties croisées pour ces prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe d'entreprises comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des entreprises elles-mêmes; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

151. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur un nombre limité d'entre eux et en particulier sur le fait de savoir si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées que la séparation des patrimoines ne ferait qu'entraîner une perte considérable de temps et d'argent ou si les membres d'un groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à

des activités sans objet commercial légitime. Dans le premier cas, le degré d'imbrication requis est difficile à quantifier et a été défini de diverses manières par différents tribunaux, à savoir que les actifs sont complètement imbriqués ou pratiquement impossibles à démêler; qu'il serait excessivement long ou coûteux de démêler les relations entre les membres du groupe et de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif, ou que les actifs sont tellement imbriqués qu'ils compromettraient la réalisation d'actifs nets pour les créanciers; ou que la distribution de l'actif et du passif entre les membres concernés est essentiellement arbitraire et sans rapport avec la réalité économique. Dans les cas particuliers où le degré d'imbrication a été considéré comme justifiant un regroupement des patrimoines, les tribunaux ont tenu compte de divers facteurs, notamment du fonctionnement des membres du groupe et de leurs relations, notamment en ce qui concerne la gestion et les finances; de la bonne tenue des comptes de chaque membre du groupe; du respect des procédures internes du groupe; des modes de transfert de fonds et d'actifs entre les membres; ainsi que d'autres facteurs similaires concernant les opérations du groupe.

152. Il ne s'agit pas ici de fraudes dans les opérations quotidiennes d'une société, mais plutôt de l'absence totale d'objet commercial légitime, qui peut avoir trait soit aux raisons pour lesquelles la société a été créée, soit, une fois créée, aux activités qu'elle mène (voir plus haut, par. 135 e)). On peut par exemple citer le cas du débiteur qui transfère pratiquement tous ses actifs à une entité nouvellement créée ou à des entités séparées qu'il détient, afin de préserver et de conserver ces actifs pour son propre bénéfice et ainsi gêner, retarder et frauder ses créanciers, la simulation³⁴ ou la vente pyramidale (chaîne de Ponzi³⁵) et d'autres pratiques frauduleuses similaires

c) Demandes de regroupement des patrimoines

i) Personnes autorisées à présenter une demande

153. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir qui peut présenter une demande de regroupement des patrimoines et à quel moment. S'agissant de la première partie de la question, il semblerait approprié de suivre l'approche de la recommandation 14 concernant les parties autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Au sein d'un groupe, ces parties seraient un membre du groupe et un créancier de ce membre. Il conviendrait en outre d'autoriser le représentant de l'insolvabilité d'un membre à demander le regroupement car il arrive souvent que le ou les représentants nommés pour administrer les membres d'un groupe disposent des informations les plus complètes sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier l'opportunité ou l'intérêt d'un regroupement des patrimoines.

154. Bien que dans certains États le tribunal ait le pouvoir de décider de sa propre initiative d'ordonner le regroupement des patrimoines, la gravité des effets d'une

³⁴ La simulation peut consister à créer des contrats qui n'expriment pas la véritable intention des parties et qui sont dépourvus d'effet entre elles ou dont les effets sont différents de ceux décrits dans les contrats, autrement dit des contrats fictifs.

³⁵ Opération d'investissement frauduleuse qui consiste à rémunérer des investisseurs distincts avec l'argent qu'ils ont investi ou l'argent des investisseurs suivants, et non avec des gains réellement réalisés.

telle décision impose de suivre un processus juste et équitable et de donner la possibilité aux parties intéressées d'être entendues et de s'opposer à une telle décision, conformément aux recommandations 137 et 138. Pour cette raison, et du fait que le *Guide législatif* prévoit généralement que les tribunaux ne peuvent pas prendre de décision d'office sur les questions d'insolvabilité, il serait souhaitable de suivre cette approche pour le regroupement des patrimoines.

ii) *Moment où présenter une demande*

155. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours apparents ou certains au moment où la procédure d'insolvabilité est ouverte, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment en autorisant la présentation d'une telle demande en même temps qu'une demande d'ouverture de la procédure ou à tout moment ultérieur. On notera, toutefois, que la possibilité de demander le regroupement après l'ouverture de la procédure pourrait être limitée en réalité par l'état d'avancement de l'administration de la procédure, en particulier, par exemple, s'agissant de l'exécution d'un plan de redressement. Il se peut que certaines questions centrales aient déjà été résolues, comme la vente ou la disposition des actifs ou la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard des différents membres du groupe, ce qui crée des difficultés pratiques pour regrouper des procédures partiellement administrées. Dans ce cas, il est souhaitable que la décision tienne compte de l'état d'avancement de la procédure, ordonnant le regroupement des différentes procédures déjà engagées et préservant les droits existants. Il serait donc envisageable par exemple de traiter les créances déjà admises à l'encontre d'un membre comme créances admises sur la masse regroupée.

156. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, pendant l'administration d'une procédure concernant divers membres du groupe d'entreprises, que d'autres membres du groupe devraient être inclus, parce que les motifs sur lesquels s'appuie la décision initiale se vérifient aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement a été prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers ont eu la possibilité de s'opposer à une proposition de regroupement, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à celui qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après une distribution partielle aux créanciers, l'adoption d'une règle garantissant l'égalité entre créanciers pourrait être souhaitable. On pourrait ainsi éviter qu'un créancier ayant été partiellement désintéressé sur les actifs du seul membre du groupe ne reçoive paiement pour la même créance dans la procédure regroupée, si le montant payé aux autres créanciers de la même classe est proportionnellement inférieur à la distribution partielle qu'il a déjà obtenue.

d) **Intérêts concurrents en cas de regroupement**

157. Non seulement les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe, mais aussi ceux d'autres parties prenantes mériteraient d'être pris en considération dans le contexte d'un regroupement, notamment ceux des créanciers à

l'égard des actionnaires; ceux des actionnaires des différents membres du groupe, en particulier de ceux qui sont actionnaires de certains membres, mais non d'autres; et ceux des créanciers garantis et prioritaires des différents membres regroupés.

i) *Propriétaires et actionnaires*

158. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien (voir partie II, chap. V, par. 76 et recommandation 189). Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué, en cas de regroupement, au groupe dans son ensemble, tous les créanciers pourraient être payés avant les actionnaires d'un membre quelconque du groupe.

ii) *Créanciers garantis*

159. La position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité est examinée dans l'ensemble du *Guide législatif* (voir annexe I pour les renvois pertinents) et l'approche adoptée est qu'en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle valide devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée. Cette approche vaudra aussi pour le traitement des créanciers garantis dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Il est également reconnu qu'une loi sur l'insolvabilité peut néanmoins avoir une incidence sur les droits de ces créanciers si des considérations commerciales et économiques l'exigent, sous réserve des mesures de protection appropriées (voir partie II, chap. II, par. 59).

160. On pourrait se demander, à propos du regroupement notamment: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une décision de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient faire valoir des droits sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont dans le même temps membres du groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. Les sûretés qui grevent l'ensemble de la masse d'un débiteur se cristalliseraient généralement au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la question de savoir si ces sûretés s'étendent aux actifs qui font l'objet du regroupement ne devrait pas se poser. Le fait de permettre l'extension d'une sûreté d'un créancier garanti à la suite de la décision de regrouper des patrimoines améliorerait la position de ce créancier au détriment d'autres créanciers et constituerait un bénéfice ou un avantage injuste, ce qui n'est généralement pas souhaitable. Le même raisonnement pourrait s'appliquer aux créances salariales.

161. S'agissant du traitement des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer ce qu'on

pourrait appeler un regroupement partiel ou limité. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, comme dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter la décision de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs ou à exiger le consentement du créancier garanti concerné. Un créancier garanti pourrait renoncer à sa sûreté réelle à la suite du regroupement, la dette devenant payable par l'ensemble des entités regroupées.

162. Le sort des créanciers garantis internes pourrait aussi avoir à être examiné. En vertu de certaines lois, ces sûretés internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, ou ces créances pourraient être modifiées ou déclassées.

iii) *Créanciers prioritaires*

163. Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ils pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales ou aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité unique, le traitement de ces priorités à l'échelle du groupe pourrait devoir être examiné, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils pourraient entretenir du fait de leur rang de priorité à l'égard des actifs d'une entité unique. Lorsque les actifs sont si étroitement imbriqués qu'il n'est pas possible de savoir qui est propriétaire de tel ou tel actif, il peut être très difficile de déterminer la valeur totale des actifs disponibles pour régler les créances des créanciers prioritaires. De même, bien qu'il soit souhaitable que les priorités établies pour chaque débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité soient reconnues lorsque le débiteur est visé par le regroupement, il ne sera pas toujours possible de leur donner pleinement effet.

e) **Notification aux créanciers**

164. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure³⁶. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande de regroupement des patrimoines formée par des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande des membres d'un groupe formée en même temps que la demande d'ouverture ne devrait pas obligatoirement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 22 et 23, qui n'exigent pas la notification de la

³⁶ Voir plus haut, partie II, chap. I, par. 64 à 71 et recommandations 19 a) et 22 à 25.

demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

165. En raison de l'impact potentiel du regroupement des patrimoines sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être avisés de toute décision de regroupement prise au moment de l'ouverture et pouvoir faire appel, conformément à la recommandation 138. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement. Une solution possible serait, par exemple, d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers un paiement supérieur à celui que recevront les autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On pourrait aussi exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets à recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

166. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture de la procédure, il serait souhaitable que cette demande soit notifiée aux représentants de l'insolvabilité des entités à regrouper. La notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par la loi interne.

f) Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

167. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui pourraient notamment être les suivants: le traitement des actifs et des passifs des membres du groupe comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique; l'extinction des créances intragroupe; le traitement des créances à l'égard de chaque membre à regrouper comme créances sur la masse regroupée; la reconnaissance des priorités établies par rapport à chaque membre comme priorités par rapport à la masse regroupée (dans la mesure du possible, compte tenu de la difficulté susmentionnée); et la tenue d'une seule réunion pour les créanciers de tous les membres ayant fait l'objet du regroupement. En ce qui concerne la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b), cette valeur serait, en cas de regroupement des patrimoines, la valeur de liquidation de la masse regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines. Une ordonnance de regroupement des patrimoines pourrait également avoir pour effet de réunir les créanciers pour voter un éventuel plan de redressement pour les membres du groupe visés par le regroupement. Les créances intragroupe disparaîtraient généralement en cas de regroupement étant donné que la créance et l'obligation de payer appartiennent ou sont dues à la même masse de l'insolvabilité; elles s'annulent donc mutuellement.

168. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe sont ajoutés à un regroupement à des moments différents, le choix de la date à partir de laquelle serait calculée la période suspecte à des fins d'annulation (voir recommandation 89) devra probablement être envisagé de manière à apporter une certaine sécurité aux prêteurs et aux autres tiers. La question peut gagner en importance à mesure que le délai entre la demande d'ouverture, ou l'ouverture, de chaque procédure d'insolvabilité et la décision de regroupement des patrimoines s'allonge. Choisir la date de la décision de regroupement des patrimoines pour calculer la période suspecte à des

fins d'annulation risquerait de poser des problèmes pour les opérations conclues entre la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement. Une solution consisterait à calculer cette date en se fondant sur la recommandation 89. Une autre serait de fixer une date commune en se référant à la date à laquelle une demande d'ouverture a été formée ou une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, il serait souhaitable que la date soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

g) Modification d'une ordonnance

169. Bien que la modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines ne soit pas toujours possible ou souhaitable en raison de ses effets considérables, il se peut que l'ordonnance initiale doive être modifiée si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. En pareil cas, il faudra que la décision de modification soit sans conséquence sur toute mesure ou décision prise en application de l'ordonnance initiale. Ces mesures ou décisions, qu'elles soient prises par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, peuvent comprendre la vente d'actifs ou l'octroi d'un financement aux membres du groupe, sous réserve qu'elles soient prises de bonne foi.

h) Exclusions d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

170. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler une ordonnance de "regroupement partiel ou limité des patrimoines", c'est-à-dire une décision de regroupement des patrimoines qui exclut certains actifs ou certaines créances.

171. Ces exclusions seront rares étant donné que la décision en faveur d'un regroupement des patrimoines est prise en cas d'imbrication des actifs. Le regroupement pourra être limité, par exemple, aux créanciers garantis, excluant ainsi les créanciers garantis externes, qui seront libres de réaliser leurs sûretés (à moins que celles-ci ne dépendent de l'identité distincte des membres du groupe à regrouper), ou aux seuls actifs et passifs qui sont imbriqués, excluant ainsi les actifs dont on connaîtrait le propriétaire avec certitude. Les créances liées à des actifs exclus disparaîtraient avec l'actif. Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si l'on risque, autrement, de léser injustement les créanciers, ce qui est rare dans les cas d'imbrication des actifs ou de fraude.

i) Tribunal compétent

172. Les questions examinées ci-dessus à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale concerneraient aussi le tribunal compétent pour ordonner le regroupement des patrimoines (voir ci-dessus, par. 59 à 61 et recommandation 209).

Recommandations 219 à 232

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le regroupement des patrimoines est:

- a) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines, tout en respectant le principe fondamental de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité; et
- c) De préciser l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, notamment le traitement des sûretés réelles.

Contenu des dispositions législatives

Exceptions au principe de l'identité juridique distincte

219. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 220.

Circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible

220. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, à la demande des personnes autorisées, conformément à la recommandation 223, à présenter une telle demande, le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines en ce qui concerne deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises [dans les circonstances limitées ci-après]:

- a) Lorsqu'il a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe sont si étroitement imbriqués qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou
- b) Lorsque les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le tribunal a la conviction que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusions du regroupement des patrimoines

221. La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal d'exclure certains actifs et certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines

Demande de regroupement des patrimoines

– Moment où présenter une demande

222. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être présentée en même temps qu'une demande d'ouverture de procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises, ou à tout

moment ultérieur³⁷, sous réserve que soient remplies les conditions de la recommandation 220.

– *Personnes autorisées à présenter une demande*

223. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises, le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises ou un créancier de ce membre.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

224. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines a les effets suivants³⁸:

a) Les actifs et les passifs des membres d'un groupe visés par un regroupement sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique;

b) Les créances et les dettes entre membres du groupe visés par l'ordonnance s'éteignent; et

c) Les créances à l'égard des membres du groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme des créances sur la masse de l'insolvabilité [unique] [regroupée].

225. [La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises ou une créance salariale envers ce membre ne peut [améliorer] [augmenter] la valeur, le rang ou la priorité de sa sûreté ou de sa créance à la suite d'une ordonnance de regroupement des patrimoines visant ce membre.]

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

226. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient, dans la mesure du possible, être respectés en cas de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait de l'ordonnance de regroupement des patrimoines;

b) S'il est établi que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation au titre des recommandations 87, 88 et 217.

³⁷ L'impossibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 155 à 156.

³⁸ L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 226.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines

227. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les priorités qu'elle a établies et qui sont applicables à chaque membre d'un groupe d'entreprises avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues, dans la mesure du possible, en cas de regroupement des patrimoines.

Assemblées de créanciers

228. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si elle exige la tenue d'une assemblée des créanciers après qu'un regroupement des patrimoines a été ordonné, les créanciers de l'ensemble des membres du groupe visés par le regroupement ont le droit d'y participer.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

229. 1) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné.

2) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89.

3) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement peut être:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture, soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres, conformément à la recommandation 89; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir la date la plus rapprochée parmi celles de demande d'ouverture ou d'ouverture des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

230. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée à condition que la modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance³⁹.

Tribunal compétent

231. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son

³⁹ Le terme "modification" n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

déroulement⁷⁷ s'appliquent également à une demande ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu'à la modification de cette ordonnance⁴⁰.

Notification

232. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines, ainsi que de la modification de telles ordonnances, en ce qui concerne notamment les parties qui devraient recevoir notification; la partie chargée de la notification; et le contenu de cette dernière.

E. Participants

1. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité

a) Coordination des procédures

173. Lorsque plusieurs procédures sont ouvertes à l'encontre des membres d'un groupe, une ordonnance de coordination procédurale peut être prise, ou ne pas l'être, mais, dans les deux cas, la coordination de ces procédures peut être facilitée si la loi sur l'insolvabilité inclut des dispositions spécifiques favorisant la coordination et indiquant la manière d'y parvenir, en se fondant sur l'article 27 de la Loi type. Cette approche pourrait être adoptée en matière de coordination entre les différents tribunaux chargés d'administrer les procédures pour différents membres d'un groupe et entre les différents représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures. La nomination et le rôle du représentant de l'insolvabilité sont examinés ci-dessus (voir partie II, chap. III, par. 36 à 74). Les questions examinées, ainsi que les recommandations 115 à 125, s'appliqueraient généralement dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Les obligations d'un représentant de l'insolvabilité au titre du *Guide législatif* (en particulier les recommandations 111, 116, 117 et 120) pourraient être élargies dans le contexte d'un groupe pour englober divers aspects de la coordination, notamment: le partage et la communication d'informations; l'approbation ou l'application des accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité; la coopération pour l'utilisation et la disposition des actifs; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); la coordination de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; et la coordination de la déclaration et l'admission des créances ainsi que la répartition des sommes entre créanciers. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter de la résolution rapide des conflits entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés.

174. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures engagées à l'égard des membres d'un groupe, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'un d'eux à assumer un rôle prépondérant dans la coordination de ces procédures. Ce représentant pourrait être, par exemple, le représentant de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle s'il

⁴⁰ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 59 à 61 et note 23.

est soumis à une telle procédure. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique ou la structure du groupe, l'égalité de tous les représentants de l'insolvabilité devrait être préservée au regard de la loi. La coordination sous la conduite d'un des représentants peut aussi se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable.

175. Dans certains pays, il arrive que ce soient les tribunaux, et non les représentants de l'insolvabilité, qui possèdent l'autorité principale pour coordonner les procédures d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité en dispose ainsi, et que différents tribunaux administrent des procédures visant différents membres d'un groupe, il est souhaitable que les dispositions concernant la coordination des procédures s'appliquent aussi aux tribunaux et que ces derniers disposent de pouvoirs inspirés de l'article 27 de la Loi type.

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant

176. La coordination de multiples procédures pourrait également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant pour administrer les différents membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité. En pratique, il pourrait être possible d'en nommer un pour administrer des procédures multiples, ou il pourrait être nécessaire de nommer le même pour chacune des procédures à coordonner, tout dépendant des règles de procédure et du nombre de tribunaux concernés. L'administration de chacun des membres du groupe resterait distincte (comme c'est le cas lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée), mais une telle nomination permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et les retards et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. En ce qui concerne ce dernier point, il conviendrait d'être prudent quant à la manière dont les informations sont traitées et de veiller, en particulier, à respecter les règles de confidentialité pour chaque membre du groupe. Si de nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique, il existe des pays où ce type de nomination est devenue courante dans le contexte des groupes. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale, où des représentants de l'insolvabilité de la même entreprise internationale ont été nommés dans différents pays.

177. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou un même représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe entretenant des relations financières et commerciales complexes et différents groupes de créanciers, on court le risque de perdre la neutralité et l'indépendance. Des conflits d'intérêts peuvent apparaître, notamment en relation avec les garanties croisées, les créances et les dettes intragroupe, les financements postérieurs à l'ouverture, la déclaration et la vérification des créances, ou les actes illicites commis par un membre envers un autre. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts potentiels ou existants contenue dans les recommandations 116 et 117 pourrait s'appliquer dans le contexte d'un groupe. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal ou être soumis à une règle de pratique ou à une obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un ou de plusieurs autres représentants de l'insolvabilité pour administrer les entités en conflit. Cette

nomination pourrait être liée au domaine spécifique du conflit et être circonscrite à la résolution de ce conflit, ou être plus générale et valoir pour la durée de la procédure.

c) Débiteur non dessaisi

178. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet au débiteur de garder les rênes de son entreprise et qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, il faudra peut-être prêter une attention particulière à la question de savoir comment les multiples procédures devraient être coordonnées et dans quelle mesure les obligations applicables au représentant de l'insolvabilité, y compris les obligations supplémentaires mentionnées ci-dessus, s'appliqueront à ce débiteur (voir plus haut, partie II, chap. III, par. 16 à 18). Si le débiteur non dessaisi remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant ou permettant à l'un des multiples représentants de diriger la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations 233 à 237

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions relatives aux représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) D'autoriser la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et

b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

233. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il est déterminé qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour administrer ces procédures⁴¹.

⁴¹ Bien que la recommandation 118 traite de la sélection et de la nomination du représentant de l'insolvabilité, elle ne recommande pas la nomination par une autorité particulière, mais s'en remet à la loi sur l'insolvabilité. Le mécanisme de nomination interne retenu, quel qu'il soit, s'appliquerait à la recommandation 233.

Conflit d'intérêts

234. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus dans le contexte d'un groupe

235. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que lorsque différents représentants sont nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ces représentants devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible⁴².

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

236. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants ont été nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible.

Formes de coopération [Coopération dans toute la mesure possible]

237. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre les représentants de l'insolvabilité dont il est question dans les recommandations 235 et 236 devrait être assurée par tout moyen approprié, notamment:

- a) Le partage et la communication d'informations;
- b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;
- c) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; de la déclaration et de l'admission des créances; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers; et
- d) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement, la communication avec les créanciers et les assemblées de créanciers.

⁴² Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration des procédures.

F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

179. Les recommandations 139 à 159 traitent des questions spécifiques à l'élaboration, à la proposition, au contenu, à l'approbation et à l'exécution d'un plan de redressement. D'une manière générale, ces recommandations seront applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

1. Plans de redressement coordonnés

180. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, que celles-ci doivent ou non être soumises à une coordination procédurale, une question qui n'est pas abordée ailleurs dans le *Guide législatif* est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan de redressement unique visant plusieurs membres ou à des plans coordonnés essentiellement analogues pour chaque membre. De tels plans permettraient de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Bien que plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique, dans certaines lois cette approche est uniquement possible lorsque les procédures font l'objet d'une coordination procédurale ou donnent lieu à un regroupement des patrimoines, alors que dans d'autres elle ne serait généralement possible que lorsque les procédures pourraient être coordonnées de façon volontaire.

181. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique ou de plans coordonnés nécessiterait l'élaboration et l'approbation du même plan, ou d'un plan similaire, dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Le plan serait approuvé pour chaque membre, les créanciers de chaque membre votant conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique; il ne serait pas souhaitable d'envisager une approbation à l'échelle du groupe et de permettre à la majorité des créanciers de la majorité des membres d'imposer un plan pour l'ensemble des membres. Le processus de préparation du plan et de sollicitation de l'approbation devrait tenir compte de la nécessité, pour tous les membres du groupe, d'approuver ce plan et devrait en conséquence traiter des avantages qui pourraient être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144 concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Des informations supplémentaires pourraient être utilement fournies dans le contexte d'un groupe, notamment sur les opérations du groupe, les liens qui existent entre les membres du groupe, la position de chaque membre visé par le plan et le fonctionnement du groupe en tant que tel.

182. Un ou de tels plans de redressement devraient prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et il pourrait être souhaitable dans certaines circonstances de prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, il serait également souhaitable de trouver un juste équilibre entre les droits des différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre que parmi les créanciers de différents membres du groupe. Il faudrait également examiner le classement des créances et les catégories de créanciers, ainsi que le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, plus

particulièrement lorsque les membres du groupe sont créanciers les uns des autres et sont, par conséquent, des “personnes ayant des liens privilégiés”. Pour calculer les majorités applicables dans le contexte d’un groupe, il faudra peut-être examiner la manière de comptabiliser, aux fins du vote, les créanciers qui sont chacun titulaires d’une même créance à l’encontre de différents membres du groupe, en particulier lorsque ces créances ont des rangs de priorité différents. Il faudra peut-être examiner également la question de savoir si le rejet du plan par les créanciers d’un des membres pourrait empêcher l’approbation du plan à l’échelle du groupe et quelles en seraient les conséquences. Une solution consisterait à s’appuyer sur les dispositions applicables à l’approbation d’un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l’approbation dans le contexte d’un groupe. Des mesures de protection similaires à celles prévues dans la recommandation 152 pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que les plans soient équitables entre les créanciers des différents membres du groupe.

183. Dans le cadre d’un groupe, on entend par “personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur” notamment une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l’entreprise du débiteur ou une société mère, une filiale ou une société apparentée du débiteur (voir glossaire, kk)). Le vote de ces personnes pour l’approbation du plan est examiné plus haut (voir partie II, chap. IV, par. 46) et il est noté que même si certaines lois sur l’insolvabilité restreignent leur capacité de voter de différentes manières, la plupart d’entre elles ne traitent pas spécifiquement de la question. On notera que lorsque la loi sur l’insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourront poser des problèmes dans certains groupes si tous les créanciers d’un membre particulier ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d’entre eux n’entretiennent pas de tels liens avec lui.

184. Une loi sur l’insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d’approbation d’un tel plan, comme le fait la recommandation 158. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d’approbation d’un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolvable du groupe. Lorsque des membres solvables participent au plan par consentement, il faudra peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages indus ne soient tirés de la liquidation.

2. Inclusion d’un membre solvable d’un groupe dans un plan de redressement

185. Les paragraphes 53 à 57 ci-dessus examinent la possibilité d’inclure un membre solvable d’un groupe dans une demande d’ouverture de procédure. Il est noté qu’un membre apparemment solvable peut, après enquête, satisfaire au critère d’ouverture pour insolvabilité imminente et être, par conséquent, visé par la recommandation 15. Une telle situation n’est pas inhabituelle dans un groupe d’entreprises où l’insolvabilité de certains membres mène presque inévitablement à l’insolvabilité d’autres membres. Si l’insolvabilité, cependant, n’est pas imminente, un membre solvable d’un groupe ne pourra généralement pas participer à un plan de redressement pour d’autres membres du même groupe engagés dans une procédure en vertu du droit de l’insolvabilité. Il pourra cependant exister des circonstances dans lesquelles des niveaux différents de participation d’un membre solvable à un plan de redressement pourront être appropriés et envisageables, sur la base du volontariat. Une telle participation de membres solvables d’un groupe n’est en fait

pas inhabituelle dans la pratique. Le membre solvable du groupe pourrait donc aider au redressement d'autres membres de ce groupe et serait contractuellement lié par le plan s'il était approuvé, ou, au besoin, confirmé. La décision d'un membre solvable de participer à un plan de redressement serait une décision commerciale ordinaire de ce membre, et le consentement des créanciers ne serait pas nécessaire à moins d'être exigé par le droit des sociétés applicable. S'agissant de la note d'information jointe à un plan englobant un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant aux informations divulguées sur ce membre.

Recommandations 238 à 239

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les plans de redressement dans le cadre d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter le sauvetage coordonné des entreprises des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements; et

b) De faciliter la négociation et la proposition de plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

238. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de proposer des plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

239. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut volontairement participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité.

A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	1-47
A. Introduction	1-6
B. Promouvoir la coopération internationale et la coordination des procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises	7-47

III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

A. Introduction

1. L'introduction du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Guide pratique¹) note que, bien que le nombre d'affaires d'insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 1990, l'adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux, permettant de traiter ces affaires n'a pas progressé au même rythme. L'absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l'application est imprévisible et qui ont empêché non seulement le sauvetage d'entreprises en difficulté financière et l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, mais également la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et, dans certains cas, les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l'absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et des priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Si nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes d'insolvabilité interne, elles risquent d'avoir un impact plus important dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment lorsqu'un redressement est visé.

2. À l'inadéquation des lois existantes s'ajoute l'absence de prévisibilité concernant non seulement la façon dont celles-ci seront appliquées, mais aussi les

¹ Adopté par la Commission le 1^{er} juillet 2009.

dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d'où un surcroît d'incertitude qui risque de se répercuter sur les flux de capitaux et les investissements internationaux. L'acceptation des différents types de procédures de même que l'interprétation des concepts clefs et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d'insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d'autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité, ainsi que le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure, varient considérablement. Différents pays reconnaissent également différents types de procédures avec des effets différents. Par exemple, s'agissant du redressement, la loi d'un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d'un autre État, dans lequel ce débiteur fait également l'objet d'une procédure, prévoira l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise. De nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité prétendent appliquer, à leurs propres procédures, le principe de l'universalité aux fins d'une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l'étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d'universalité auquel les procédures d'insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s'ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes d'entreprises. Lorsque la Chambre des Lords du Royaume-Uni, siégeant sous la présidence de Lord Hoffmann, s'est demandée si le Royaume-Uni devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, la commission a noté l'échec de la Convention à traiter les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprises. Lorsque la Convention est devenue le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE), la question n'était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale a été débattu, il a été jugé prématuré de parler des groupes.

4. Une affaire dont il a été largement fait écho illustre l'un des problèmes clefs concernant les groupes dans le contexte international; il s'agit de l'affaire KPNQwest, qui a fait faillite le jour où le Règlement CE est entré en vigueur, le 31 mai 2002. KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait et exploitait un réseau de câbles en fibre optique en Europe et vers les États-Unis. Les principaux réseaux de câbles étaient constitués d'anneaux optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était détenue par une filiale française; la partie allemande par une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, nombre des filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient incorporées. Personne n'a été capable de coordonner la procédure, et celle-ci a été abandonnée. L'examen d'autres affaires d'insolvabilité internationale confirmerait les faiblesses du système existant; il est souvent difficile de concilier l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte,

avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe ou d'une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait d'atteindre l'objectif consistant à maximiser la valeur au profit de tous les créanciers. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire *Maxwell* en 1991² met en évidence les problèmes rencontrés lors de la gestion de nombreuses procédures parallèles et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. Certaines de ces solutions sont examinées dans le Guide pratique, mais il reste à mettre au point un régime législatif qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

5. Il a longuement été débattu, ces derniers temps, des éléments qui devraient constituer la base d'un régime juridique qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises. Il a notamment été proposé d'adapter la notion de "centre des intérêts principaux", étant donné qu'elle s'applique aussi bien à un débiteur autonome qu'à un groupe d'entreprises, pour permettre l'ouverture et l'administration de toutes les procédures visant les membres d'un groupe dans un lieu unique par le biais d'un tribunal et selon une seule législation. Il a également été proposé de désigner, pour le groupe, un centre de coordination qui pourrait être déterminé en fonction du lieu du membre qui exerce le contrôle ou d'autoriser les membres du groupe à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le pays où la procédure d'insolvabilité de la société mère a été ouverte³.

6. Ces propositions soulèvent des questions importantes et complexes. Certaines sont liées à la nature des groupes d'entreprises multinationaux et à leur mode de fonctionnement – comment définir ce qui constitue un groupe d'entreprises à des fins d'insolvabilité et identifier les facteurs qui seraient appropriés pour déterminer le lieu où se trouve le centre d'un groupe, à supposer que chaque groupe n'ait qu'un seul centre – ainsi qu'aux questions de la compétence à l'égard des membres du groupe, de la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité et de la loi applicable. D'autres sont liées à la difficulté d'obtenir, à l'échelle internationale, un accord général sur ces questions afin de trouver une solution si possible contraignante, appliquée largement et uniformément, et apportant une certaine sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationales des groupes d'entreprises.

² Cette affaire impliquait les États-Unis et le Royaume-Uni. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992), et The High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 of 1991 (31 décembre 1991).

³ Ces questions sont examinées plus avant dans les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), voir A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, par 3 à 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, par. 3 à 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 6 à 12.

B. Promouvoir la coopération internationale et la coordination des procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

1. Introduction

7. Pour trouver une solution à la question de savoir comment faciliter le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, il faudrait dans un premier temps s'assurer que les principes existants en matière de coopération internationale s'appliquent aux procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises. La coopération des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux pourrait contribuer à faciliter la prévisibilité commerciale et à accroître la sécurité juridique pour les échanges et le commerce, ainsi qu'à assurer une administration équitable et efficace des procédures qui protège les intérêts des parties, accroisse la valeur des actifs des membres du groupe afin de préserver les emplois et réduise les coûts. Même si, dans certains groupes d'entreprises, il est possible d'engager des procédures d'insolvabilité distinctes en raison du faible degré d'intégration et de la relative indépendance des membres, dans la plupart des groupes d'entreprises, la coopération peut être le seul moyen de réduire le risque de fragmentation des procédures d'insolvabilité, ce qui pourrait détruire la valeur d'exploitation de l'entreprise et aboutir à un cantonnement des actifs, ainsi qu'à un transfert des actifs et à une recherche abusive du for le plus avantageux par les débiteurs.

8. L'absence d'un cadre législatif ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux et représentants de l'insolvabilité étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges et représentants de l'insolvabilité de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale. La Loi type de la CNUDCI prévoit précisément ce cadre législatif autorisant la coopération et la communication à l'échelle internationale entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité.

9. Toutefois, du fait que les dispositions de la Loi type visent essentiellement les débiteurs individuels, elles ne s'appliquent que de manière limitée aux groupes d'entreprises. La coordination des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises se distingue essentiellement par le fait que le tribunal d'un pays ne traite pas nécessairement le même débiteur que les tribunaux d'autres pays (même s'il peut y avoir un débiteur commun lorsque différents membres du groupe ont des actifs dans différents pays, situation qui est prévue dans la Loi type). Le lien qui relie les procédures parallèles n'est pas le débiteur commun, mais plutôt le fait que les débiteurs sont tous membres du même groupe d'entreprises. Si l'existence (et peut-être l'étendue) de ce groupe n'est pas ou ne peut pas être reconnue en vertu de la législation nationale, chaque procédure sera considérée comme autonome et indépendante des autres procédures, et une coopération ne sera pas justifiée, car elle pourrait compromettre l'indépendance des tribunaux locaux ou être jugée inutile du fait que chaque procédure est essentiellement nationale. Il peut être possible, dans certains cas, de traiter chaque membre du groupe individuellement, mais dans la plupart des groupes d'entreprises, une solution plus générale et si possible globale qui tienne compte de la manière dont le groupe réalisait ses opérations et qui vise des domaines d'activité distincts ou l'ensemble du groupe d'entreprises, en

particulier lorsque les activités des membres sont étroitement liées, permettrait d'obtenir de meilleurs résultats pour les différents membres.

10. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse l'existence des groupes d'entreprises et la nécessité, en matière de coopération internationale, d'une coopération entre tribunaux et entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, non seulement dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant un débiteur commun, mais aussi dans les procédures visant différents membres d'un groupe.

2. Formes de coopération avec des tribunaux

11. Il existe plusieurs formes de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment, comme le propose l'article 27 de la Loi type, la communication entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, ainsi que l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, la coordination des audiences et la coordination de la supervision et de l'administration des affaires du débiteur. Dans le cas d'un débiteur unique, la coopération est autorisée en vertu des articles 25 et 26 de la Loi type. L'article 25 autorise le tribunal à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et l'article 26 autorise un représentant de l'insolvabilité, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux et les représentants étrangers. La question de la coopération est également traitée, au sein de l'Union européenne, par le Règlement du Conseil de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité. Le considérant 20 note que dans les procédures principales et les procédures secondaires, les différents syndics doivent coopérer étroitement, notamment au moyen d'un échange d'informations suffisant. Le syndic de la procédure principale devrait avoir la possibilité d'influer sur les procédures secondaires et pouvoir proposer un plan de redressement ou demander la suspension de la liquidation de la masse dans ces procédures secondaires. L'article 31 du Règlement du Conseil stipule que le syndic de la procédure principale et les syndics des procédures secondaires ont un devoir d'information réciproque et qu'ils doivent, en particulier, communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à l'autre procédure, notamment sur l'état de la production et de la vérification des créances et sur les mesures visant à mettre fin à la procédure. Ni la Loi type, ni le Règlement du Conseil n'abordent la nécessité de coopérer dans le cas des groupes d'entreprises, où ces obligations doivent s'appliquer plus largement et où la distinction entre procédure principale et procédures non principales ou secondaires n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas de procédures multiples ouvertes à l'encontre d'un membre distinct du groupe.

a) Communication entre les tribunaux

i) Considérations générales

12. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type⁴ indique qu'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants

⁴ Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 179.

étrangers pour éviter le recours aux procédures traditionnelles et longues que sont les commissions rogatoires, la communication par le biais d'une juridiction supérieure ou d'autres moyens diplomatiques ou consulaires. Cette capacité est essentielle lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite pour éviter d'éventuels conflits ou préserver la valeur ou lorsque les questions à examiner ne peuvent pas attendre. Les tribunaux devraient notamment pouvoir, de leur propre initiative, demander des renseignements ou une assistance à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité étranger, et recevoir et traiter de telles demandes provenant de l'étranger.

13. Les différentes approches retenues à l'égard de la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui risquent de se poser lorsqu'on cherche à promouvoir la coopération internationale. Outre la question de savoir s'ils sont ou non spécifiquement autorisés à communiquer entre eux, très souvent, les tribunaux de différents pays hésitent ou ne sont guère disposés à le faire directement. Cette hésitation ou réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations éthiques, la culture juridique, la langue ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Elle peut également être liée à des inquiétudes quant aux incidences de la communication sur l'indépendance de la justice et l'impartialité de la prise de décisions. Certains États ont une approche relativement souple de la communication entre juges, alors que d'autres ne les autorisent pas à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges, du fait qu'une telle communication pourrait poser des problèmes constitutionnels. Si, dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont jugées normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables. À l'intérieur d'un même État, les juges et les avocats peuvent avoir des avis très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts entre eux sans que les avocats des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée d'avoir entre eux des contacts directs, alors que certains avocats désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis, comme cela est indiqué plus haut, et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

14. Une autre question importante, pour ce qui est de faciliter la coopération entre des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe, pourrait être la capacité ou la volonté des tribunaux de considérer les opérations d'un débiteur d'une manière globale et de tenir compte de l'évolution des procédures d'insolvabilité menées dans d'autres pays visant le même débiteur ou d'autres membres du même groupe. Cette question pourrait revêtir une importance particulière lorsque les procédures étrangères peuvent avoir des incidences au plan national (par exemple, pour les employés locaux et sur d'autres questions de politique sociale). Bien que sans effet sur les pouvoirs donnés aux tribunaux en vertu de la législation nationale, la connaissance de l'existence de procédures étrangères pourrait néanmoins avoir des effets sur l'approche adoptée par le tribunal à l'égard de la procédure locale et sur sa volonté de la coordonner avec les procédures étrangères. Le problème, cependant, pour le tribunal, consiste à obtenir les informations nécessaires sur les opérations mondiales d'un débiteur et sur les

procédures d'insolvabilité concurrentes. Une possibilité serait d'autoriser la communication des documents pertinents ou la comparution d'un praticien ou d'un représentant de l'insolvabilité étranger devant le tribunal local. Nonobstant les difficultés pratiques, il est souhaitable qu'un tribunal puisse prendre acte des procédures d'insolvabilité étrangères susceptibles d'avoir un impact sur la procédure locale, en particulier lorsqu'on cherche une solution globale pour un groupe d'entreprises multinational.

15. L'instauration d'une communication dans les affaires internationales visant des groupes d'entreprises peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut aider les parties à mieux comprendre les effets ou l'application du droit étranger, en particulier les différences ou les chevauchements qui pourraient donner naissance à des litiges; faciliter la résolution des problèmes moyennant une issue négociée acceptable par tous; susciter des réponses plus fiables de la part des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité inhérent à de telles situations et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre pays. Elle peut aussi servir des intérêts internationaux en favorisant une meilleure compréhension qui contribuera à promouvoir le commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée. Il est probable que certains des avantages potentiels seront difficiles à cerner d'emblée, mais ceux-ci peuvent devenir évidents une fois que les parties ont communiqué. La communication internationale peut révéler, par exemple, certains faits ou mesures qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement de l'affaire et qui, sur le long terme, pourront favoriser une réforme du droit.

16. La communication entre les juges ou d'autres parties intéressées devrait se faire selon des procédures appropriées pour s'assurer qu'elle est ouverte, efficace et crédible. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'établir si la communication devrait faire systématiquement partie de la procédure ou s'il faudrait y recourir uniquement lorsqu'elle est jugée strictement nécessaire; si un juge peut préconiser d'adopter une ligne de conduite particulière; et, s'agissant des conditions éventuellement applicables à la communication, comme celles mentionnées ci-après, si elles devraient s'appliquer en toutes circonstances ou s'il pourrait y avoir des exceptions. Les tribunaux devraient jouir d'une grande liberté pour communiquer avec les instances étrangères, mais ne devraient pas être tenus de le faire lorsqu'ils jugent la communication inappropriée dans une situation particulière. Il faudrait également définir l'objet de la communication et déterminer, en particulier, si la communication ne pourrait porter que sur les questions de procédure, ou également sur les questions de fond. Certains juges estiment qu'ils pourraient examiner des questions liées à la gestion des affaires, aux délais, à l'utilisation d'accords internationaux et à la détermination du tribunal qui pourrait résoudre une question, mais pas les questions qui touchent le fond de l'affaire.

ii) Moyens de communication

17. Les informations peuvent être communiquées de différentes manières, notamment par l'échange de documents (par exemple, copies d'ordonnances officielles, de jugements, d'opinions, de motivations de décisions, de transcriptions des débats, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve) ou oralement. Les moyens de communication peuvent être la voie postale, la télécopie,

le courrier électronique ou d'autres moyens électroniques, ou encore le téléphone ou la vidéoconférence, en fonction de ce qui est disponible et abordable dans les États entre lesquels les informations sont échangées et de ce qui est approprié ou indispensable dans chaque cas. Une copie des communications écrites peut aussi être remise aux parties conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire soit directement entre les juges, soit entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal) ou les représentants de l'insolvabilité, sous réserve des règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication favorise divers aspects de la coopération et de la coordination, offre la possibilité de réduire les retards et, le cas échéant, facilite les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées. Ainsi, on privilégie les vidéoconférences plutôt que les conférences téléphoniques car elles permettent de mieux maîtriser le processus et favorisent une organisation disciplinée de la communication du fait que les participants peuvent se voir et s'entendre, ce qui, en général, est un élément central de la procédure judiciaire. Ces technologies n'étant toutefois pas accessibles à tous les tribunaux, il est souhaitable que l'accent soit mis sur les moyens de faciliter la communication pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce, plutôt que sur l'utilisation d'une technologie particulière.

iii) *Établissement de règles ou de procédures pour les communications entre tribunaux*

18. Dans chaque cas d'espèce, il sera souhaitable de déterminer, pour les juridictions concernées et conformément à la loi applicable, les procédures qui doivent régir les communications entre tribunaux pour concilier les intérêts des différentes parties prenantes et veiller à ce que personne ne voie ses droits fondamentaux lésés par les modalités prévues. Ces procédures pourraient régir les éléments suivants: les parties qui doivent être avisées de la communication proposée (par exemple, toutes les parties et leurs représentants ou avocats); les personnes autorisées à participer à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; la question de savoir si les parties partagent les mêmes intentions concernant la communication ou ont la même conception de cette communication; l'organisation et le choix du moment de la communication; l'enregistrement de la communication; toute mesure qui s'appliquera pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales (et la question de savoir qui devrait prendre en charge les frais administratifs); les méthodes acceptables de communication; le traitement des objections à la communication proposée; et les questions de confidentialité.

19. Pour régir certaines de ces questions, les tribunaux peuvent adopter des directives telles que les Directives sur les communications entre tribunaux⁵. De telles directives visent en général à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, ce qui permet aux juridictions de différents pays de

⁵ Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l'American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l'International Insolvency Institute (10 juin 2001), disponibles en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

communiquer entre elles sans changer les règles ou procédures internes applicables ni porter atteinte ou faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie quelconque à la procédure dont les tribunaux sont saisis.

– Moment, lieu et modalités de la communication

20. En général, il est souhaitable que le moment, le lieu et les modalités de la communication soient déterminés de manière concertée par les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les autres parties prenantes, selon le cas. Ces arrangements ne doivent pas nécessairement faire intervenir directement les juges, mais pourraient être conclus par l'intermédiaire des auxiliaires de justice concernés.

– Notification de la communication proposée

21. Pour les procédures d'insolvabilité qui visent des groupes d'entreprises multinationaux, il faut établir un équilibre entre la promotion d'une communication pratique et commode et la protection de l'intégrité de la communication en garantissant un processus ouvert et transparent. Diverses parties peuvent être concernées par les communications entre les tribunaux et il est souvent difficile, voire impossible, d'établir l'identité de chacune d'elles, notamment des créanciers. De plus, les États concernés appliquent parfois des règles différentes à propos des notifications, ce qui a un effet sur la détermination du moment et de l'identité des destinataires (les parties intéressées ne sont pas toutes en droit d'être avisées de certaines questions). Un point essentiel sera donc de savoir quelles parties il faut aviser de toute communication proposée. L'absence de règle claire à cet égard pourrait provoquer des retards et une érosion de la valeur, en particulier lorsque la communication est indispensable pour résoudre ou éviter les conflits, ou pour assurer la coordination de questions spécifiques, comme la vente d'actifs ou la déclaration et la vérification des créances.

22. D'une manière générale, l'envoi de notifications pourrait être appuyé par la coopération entre les différents tribunaux et par l'établissement d'une liste des parties qui doivent être avisées, sur laquelle pourraient figurer les parties en droit d'être informées de toute procédure en rapport avec la procédure d'insolvabilité, notamment la communication⁶. La coordination de l'envoi des notifications pourrait être assurée via un système électronique ou un site Web, ce qui faciliterait le suivi du changement de l'identité des parties prenantes en droit d'être informées des nombreuses procédures d'insolvabilité résultant, par exemple, de la cession de créances; la réduction des coûts associés à l'envoi de notifications; et la prise en compte des différences existant entre les lois applicables à l'envoi de notifications. Il faudrait, néanmoins, tenir également compte des questions de langue, d'accès et de confidentialité qui pourraient se poser.

– Droit de participation

23. Pour garantir la crédibilité de la communication et des parties directement concernées, ainsi que la transparence et l'équité, il est souhaitable que les communications soient ouvertes aux parties en question, plutôt que de communiquer *ex parte*.

⁶ Voir Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal, directive 12.

24. Comme indiqué plus haut, cependant, il faut établir un équilibre entre ces exigences et les aspects pratiques de l'organisation et du déroulement des communications. Pour ce faire, on pourrait limiter les participants aux "parties visées". Bien que différents critères puissent régir la question de savoir qui constitue une "partie visée" dans les pays concernés, on pourrait généralement tenir pour acquis que les principales parties intéressées sont le débiteur, le représentant de l'insolvabilité et le conseiller juridique correspondant. Tandis que le principe général veut que les parties visées aient le droit de participer, il pourrait être souhaitable que les tribunaux aient le droit de décider, au besoin, de limiter le nombre de participants pour que le processus se déroule dans des limites raisonnables.

– Enregistrement de la communication comme pièce à verser au dossier

25. Pour garantir la transparence des communications entre les tribunaux, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser à enregistrer toute communication et à en établir une transcription. Cette transcription peut être versée au dossier de la procédure et être, à ce titre, accessible au moins aux parties à la communication ou, plus généralement, conformément aux règles qui régissent l'accès aux dossiers des tribunaux.

– Confidentialité

26. En général, les communications entre les tribunaux qui connaissent de procédures d'insolvabilité parallèles visant des membres d'un groupe multinational devraient être aussi transparentes que possible pour garantir des conditions équitables aux parties concernées et éviter de les inciter à se prémunir contre l'éventualité d'une issue défavorable. Il est souhaitable que ces informations ne soient pas traitées comme confidentielles simplement parce que la communication se déroule dans un contexte international.

27. Toutefois, il se peut que nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets commerciaux, informations sur la recherche-développement et sur les clients). De telles informations pourraient être particulièrement sensibles dans le cas d'un débiteur visé par une procédure de redressement, auquel cas elles devraient peut-être être soumises à l'obligation de confidentialité afin de garantir la poursuite de ses activités et la protection de la valeur. Il faut donc, en conséquence, soigneusement peser leur utilisation et limiter leur communication de sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal.

28. Les pays engagés dans des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises multinational appliquent parfois des règles de fond différentes en ce qui concerne la confidentialité et la communication des informations aux parties. Il faudrait peut-être tenir compte de ces différences lorsqu'on envisagera des communications internationales et la manière dont elles se dérouleront et seront enregistrées, et permettre aux tribunaux de s'entendre sur les protections à mettre en place pour respecter la loi applicable.

29. Le caractère confidentiel des informations peut en outre être traité dans le cadre d'un accord international⁷, qui établirait les modalités d'accès à ces informations, y compris le recours à des accords de confidentialité.

– Coût des communications

30. Il faudra peut-être tenir compte de la question du coût des communications, en particulier lorsque de nombreuses parties sont concernées et qu'on utilise un moyen de communication (comme la vidéoconférence) qui occasionne des dépenses relativement élevées dans certains États. L'utilisation de plusieurs langues peut également compliquer la communication et avoir des incidences financières s'il faut traduire des documents et interpréter des communications orales. Il importe de déterminer de quelle manière les coûts seront pris en charge par les procédures d'insolvabilité concernées ou comment ils seront répartis. S'il est prévu de rembourser les dépenses de certaines parties, il faut préciser comment le remboursement s'effectuera et dans quelle monnaie.

– Effet de la communication

31. Lorsqu'un tribunal communique avec un tribunal étranger dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité internationale, la loi sur l'insolvabilité devrait préciser que la communication n'aura pas d'effet important sur l'autorité ou les pouvoirs du tribunal, les affaires dont il est saisi, ses ordonnances, ou les droits et revendications des parties à la communication. Une telle condition rassure les parties quant au fait que la communication entre les autorités associées à la procédure d'insolvabilité ne portera pas atteinte à leurs droits et n'affectera en rien le pouvoir et l'indépendance du tribunal devant lequel elles comparaissent. Cela devrait limiter les objections qui pourraient être opposées aux communications prévues et donner aux tribunaux et à leurs représentants une plus grande souplesse pour collaborer entre eux. Une telle condition peut également garantir que les tribunaux et leurs représentants n'outrepasseront pas leurs pouvoirs lorsqu'il communiqueront avec les autres parties dans différents pays.

b) Coordination des actifs et des affaires du débiteur

32. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours de la procédure. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Par exemple, un membre d'un groupe d'entreprises peut être le fournisseur exclusif d'un autre membre du groupe ou exercer le contrôle exclusif sur une ressource essentielle utilisée par un autre membre, de sorte que la procédure d'insolvabilité visant un de ces membres aura de profondes conséquences sur la poursuite de l'activité de l'ensemble du groupe. La coordination des actifs et des affaires du débiteur peut concerner aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité. Certaines questions peuvent exiger l'approbation expresse des tribunaux, alors que d'autres

⁷ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, section III.B., par. 168 à 171; le Guide législatif, deuxième partie, chap. III, par. 28, 52, 115 et la recommandation 111.

peuvent être résolues par la conclusion d'accords entre les représentants de l'insolvabilité.

33. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs et la détermination du système juridique dont ils relèvent; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur), y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être répartie entre ces différentes parties dans différents États; la manière dont les informations peuvent être échangées pour assurer la coordination et la coopération; et l'ordre dans lequel la procédure devrait se dérouler. La coordination peut également être utile pour enquêter sur les actifs du débiteur, envisager d'éventuelles actions en annulation et restreindre la capacité du débiteur à mettre ses actifs hors de portée du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Elle peut également exiger que les tribunaux recherchent le for le plus approprié pour traiter une question donnée telle que la vente ou la disposition d'un certain actif, et s'en remettre à ce for dans la mesure autorisée par la loi⁸.

c) Nomination d'un représentant du tribunal

34. Une telle personne peut être nommée par un tribunal pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité qui visent les membres de groupes d'entreprises, lorsqu'elles ont lieu dans différents pays. Cette personne peut exercer diverses fonctions, notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux intéressés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un accord en consultation avec les parties concernées; promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties; et faire en sorte qu'une notification concernant certaines affaires dont les tribunaux sont saisis soit communiquée à toutes les parties intéressées (autres membres du groupe d'entreprises, créanciers et tribunaux ou représentants de l'insolvabilité étrangers). Le tribunal de nomination énonce généralement les conditions dans lesquelles la personne est autorisée à agir et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Cette personne peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux associés aux procédures, ainsi qu'aux parties.

d) Recours aux accords internationaux (voir 4. ci-dessous)

e) Coordination des audiences

35. Les audiences diversement décrites comme conjointes, simultanées ou coordonnées⁹ ("audiences coordonnées") peuvent contribuer à accroître l'efficacité des procédures d'insolvabilité parallèles qui visent des membres d'un groupe d'entreprises multinational, car elle rassemblent les parties intéressées au même moment pour examiner et régler les questions en suspens et les conflits potentiels et permettent ainsi d'éviter les négociations laborieuses et les retards qui en résultent. À propos de ces audiences, cependant, on soulignera que chaque tribunal se

⁸ La répartition des responsabilités entre les différents tribunaux pour ce qui est de certaines actions est examinée dans le Guide pratique de la CNUDCI, section II.B, par. 18 à 20; section III.B, par. 55 à 60, 71 à 74.

⁹ Ces types d'audiences sont examinés dans le Guide pratique de la CNUDCI, III.B, par. 145 à 150.

prononcera en toute indépendance, sans être influencé par les autres tribunaux. Si ces audiences sont relativement faciles à organiser au plan interne pour garantir la coordination de la procédure qui vise différents membres d'un groupe, elles peuvent se révéler très compliquées à organiser sur le plan logistique dans un contexte international du fait de la multiplicité des langues, des fuseaux horaires, des lois, des procédures et des traditions judiciaires. Elles peuvent aboutir à une impasse si, par exemple, les compétences des autorités qui participent à l'audience ne sont pas clairement arrêtées ou définies.

36. Bien qu'elles soient potentiellement difficiles à organiser, des audiences de ce type ont été utilisées entre certains États qui partageaient la même langue, la même tradition juridique et des fuseaux horaires similaires et ont permis de résoudre efficacement des questions difficiles dans l'intérêt de toutes les parties intéressées¹⁰. On pourrait cependant, à l'avenir, utiliser plus largement ce type d'audiences avec des procédures et des garanties appropriées pour faciliter la planification et éviter les complications. Ces règles de procédure pourraient régir, par exemple, le recours à des conférences préliminaires; la conduite des audiences, notamment la langue qui sera utilisée et la nécessité de services d'interprétation; les prescriptions relatives à l'envoi de notifications; les méthodes de communication à utiliser pour que les tribunaux puissent chacun entendre l'autre; les conditions applicables au droit de comparître et d'être entendu; les documents qui peuvent être soumis; les tribunaux auxquels les participants peuvent soumettre des documents; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; la question de la confidentialité; les limites de la compétence de chaque tribunal aux parties comparissant devant lui; et le prononcé des décisions¹¹.

37. Certains guides et accords concernant ces types d'audiences prévoient que pour mieux les planifier et assurer une administration rationnelle, les tribunaux, leurs représentants nommés ou les représentants de l'insolvabilité devraient communiquer avec leurs homologues étrangers avant l'audience afin d'établir les principes qui régiront toutes les questions administratives, préliminaires et de procédure. Une fois l'audience terminée, les autorités compétentes pourraient à nouveau communiquer pour analyser le contenu de l'audience, débattre des étapes suivantes (notamment des audiences supplémentaires), élaborer des lignes directrices ou modifier celles qui existent pour les audiences futures, examiner si la publication d'ordonnances communes est possible ou garantie, et la manière de résoudre certaines questions de procédure soulevées à l'audience¹².

¹⁰ Voir, par exemple, les affaires *Quebecor World Inc.*, Cour supérieure de Montréal, Chambre commerciale, (Canada) No. 500-11-032338-085 et *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, No. 08-10152 (JMP) (2008) et *Solv-Ex Canada Limited et Solv-Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, affaire n° 9701-10022 (28 janvier 1998), et *United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico*, affaire n° 11-97-14362-MA (28 janvier 1998).

¹¹ Voir la Loi type de la CNUDCI, article 10.

¹² Voir également le Guide pratique de la CNUDCI, III.B, par. 145 à 150; Directive 9 e) sur la communication entre tribunaux.

Recommandations 240 à 247**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions législatives sur la coopération dans le contextes de groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser la coopération entre les tribunaux saisis de procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États;

b) D'autoriser la coopération entre ces tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés dans le cadre de ces différentes procédures; et

c) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération pour coordonner les procédures d'insolvabilité visant différents membres de groupes d'entreprises dans différents États et définir les conditions et les protections qui devraient s'appliquer à ces formes de coopération pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties ainsi que l'autorité et l'indépendance des tribunaux.

Contenu des dispositions législatives*Coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*

240. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne nommée [à cette fin par le tribunal], pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de ce groupe d'entreprises.

Coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

241. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

Coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux

242. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers [dont il est question dans les recommandations 240 et 241] peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;

b) La participation à des communications avec le tribunal étranger ou le représentant étranger par téléphone, vidéoconférence ou autres moyens électroniques;

c) La remise au tribunal étranger ou au représentant étranger de copies des documents délivrés par le tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité, y compris des ordonnances officielles, des jugements et des transcriptions de procédures;

d) La remise, au tribunal étranger ou au représentant étranger, de copies de documents qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

[e) La coordination de l'administration et de la supervision des actifs et des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis à la procédure d'insolvabilité;

f) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal; et

g) L'approbation ou l'application des accords concernant la coordination des procédures conformément à la recommandation 254.]

Communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

243. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou à leur demander directement des renseignements au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

244. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser un représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.

Conditions applicables aux communications internationales entre tribunaux

245. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers devrait être soumise aux conditions suivantes:

a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être déterminés [par] entre les tribunaux ou [par] entre les tribunaux et les représentants étrangers;

b) La notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties visées [ou à leurs représentants] dans tous les États concernés conformément au droit applicable et selon les modalités considérées appropriées par les tribunaux, à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les tribunaux;

c) Les parties visées ou leurs représentants, selon le cas, devraient avoir le droit de participer en personne pendant la communication, à moins qu'il n'en soit convenu autrement par les tribunaux;

d) La communication peut être enregistrée et une transcription établie selon les instructions des tribunaux. Cette transcription peut être traitée comme une transcription officielle de la communication, classée comme partie du compte rendu de la procédure et mise à la disposition du tribunal et des [parties visées ou de leurs] représentants qui participent à la communication;

e) Les communications ne devraient être traitées comme confidentielles que dans des cas exceptionnels, dans la mesure jugée appropriée par les tribunaux et conformément au droit applicable; et

f) Les communications devraient respecter les règles impératives des pays entre lesquels elles sont échangées et les droits fondamentaux des parties visées, en particulier la confidentialité des informations.

246. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le fait de communiquer conformément aux présentes recommandations n'implique:

a) Aucune limitation ou renonciation de la part du tribunal à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;

b) Aucune décision sur le fond d'une question portée devant le tribunal [ou le tribunal étranger];

c) Aucune renonciation par les parties à quelque réclamation ou droit substantiel que ce soit; et

d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance émise par le tribunal [ou par le tribunal étranger].

Coordination des audiences

247. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à tenir une audience [conjointe] en coordination avec un tribunal étranger. Lorsque des audiences sont coordonnées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui garantissent les droits fondamentaux et procéduraux des parties et la compétence [et l'indépendance] de chaque tribunal. Ces conditions pourraient concerner les règles applicables à la conduite de l'audience; les prescriptions relatives à l'envoi d'une notification; la méthode de communication à utiliser; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; et les limites de la compétence de chaque tribunal aux parties comparissant devant lui¹³. [Nonobstant la tenue d'une audience conjointe ou coordonnée, chaque tribunal doit se prononcer sur les affaires dont il est saisi.]

¹³ Voir également la Loi type de la CNUDCI, article 10.

3. Représentant de l'insolvabilité

a) Coopération entre représentants de l'insolvabilité

38. Comme il est noté dans le *Guide législatif*, le représentant de l'insolvabilité joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, car il est responsable au quotidien de la gestion de la masse de l'insolvabilité du débiteur. À ce titre, il assure la coordination efficace des différentes procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises, en collaborant avec d'autres représentants de l'insolvabilité et les tribunaux concernés. Pour s'acquitter de ses fonctions, le représentant de l'insolvabilité, tout comme le tribunal, devra avoir l'autorisation appropriée pour exécuter plusieurs tâches nécessaires, notamment le partage d'informations, la coordination de l'administration quotidienne et la supervision des affaires du débiteur, la négociation d'accords d'insolvabilité internationale, etc.

Recommandations 248 à 250

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la coopération entre représentants de l'insolvabilité dans le contexte de groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser la coopération entre représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États; et

b) De faciliter et de promouvoir l'utilisation de différentes formes de coopération entre ces représentants de l'insolvabilité et de définir les conditions et les mesures qui devraient s'y appliquer pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties.

Contenu des dispositions législatives

Coopération entre représentants de l'insolvabilité

248. [La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les représentants étrangers pour faciliter la coordination de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.]

Communication entre représentants de l'insolvabilité

249. [La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les représentants étrangers au sujet de ces procédures et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe d'entreprises.] La loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux représentants de l'insolvabilité de communiquer entre eux dès qu'ils sont nommés.

Coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité

250. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que la coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité, mentionnée dans la recommandation 248, doit être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

b) L'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, conformément à la recommandation 253¹⁴;

c) La répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination ou d'un rôle prépondérant à un seul représentant de l'insolvabilité;

d) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

e) La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement coordonnés, la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers.

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

39. La question de la promotion de la coordination peut également être abordée par le biais de la nomination du représentant de l'insolvabilité en envisageant, par exemple, la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour des procédures multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables (voir plus haut, par. 173 à 178 sur les procédures nationales). Lorsqu'une telle personne pourrait être nommée, elle serait soumise au droit local des États dans lesquels elle a été nommée pour ce qui est, en particulier, des qualifications, de la licence (le cas échéant), des pouvoirs et des devoirs, et de la surveillance du tribunal. Par conséquent, le représentant de l'insolvabilité serait soumis aux mêmes conditions locales que tout autre représentant de l'insolvabilité nommé dans l'un de ces États.

40. La nomination pourrait être celle d'une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale, lorsque celle-ci emploie ou comprend parmi ses membres des individus possédant les qualifications appropriées qui pourraient jouer le rôle de représentants de l'insolvabilité dans un certain nombre d'États différents. Bien que la disponibilité de personnes possédant ces qualifications risque généralement d'être limitée, il peut y avoir des régions où elle est plus courante ou est rendue de plus en plus possible du fait de la mondialisation des échanges et des services.

41. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels en s'inspirant du projet de

¹⁴ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, qui réunit des données d'expérience pratique dans le domaine de l'utilisation et de la négociation de tels accords, et examine les questions habituellement traitées.

recommandation 231. Un tel conflit d'intérêts peut survenir lorsque les membres du groupe représentés par un représentant de l'insolvabilité unique ont des intérêts divergents sur une question particulière, comme le financement postérieur à l'ouverture de la procédure ou la vérification et l'admission des créances, ou s'il existe un conflit direct entre les obligations du représentant de l'insolvabilité aux termes de différentes lois sur l'insolvabilité. Ces cas pourraient être traités de la même manière que la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans le contexte interne (voir recommandation 234).

Recommandations 251 et 252

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions législatives concernant la nomination du représentant de l'insolvabilité est d'autoriser, dans le but d'encourager une administration effective et efficace des procédures d'insolvabilité visant des membres du même groupe d'entreprises dans différents États, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour ces procédures multiples.]

Contenu des dispositions législatives

Nomination du même représentant de l'insolvabilité

251. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal, [dans les cas appropriés,] [lorsque le tribunal décide qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de la procédure d'insolvabilité concernée] d'agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant les membres d'un même groupe d'entreprises dans différents États, à condition que le représentant de l'insolvabilité soit qualifié pour être nommé dans chacun des États concernés. Dans la mesure exigée par la loi [sur l'insolvabilité], le représentant de l'insolvabilité serait soumis à la surveillance de chaque tribunal qui le nomme.

Conflit d'intérêts

[252. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.]

4. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale¹⁵

42. Les spécialistes s'occupant d'insolvabilité qui, quotidiennement, doivent faire face à la nécessité de traiter des affaires d'insolvabilité et d'essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationale en l'absence d'adoption généralisée de règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le

¹⁵ Pour un examen détaillé de la question des accords d'insolvabilité internationale, voir le Guide pratique de la CNUDCI.

processus, ont élaboré des accords d'insolvabilité internationale. Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI. Ils ont pour objectif de traiter les questions qui peuvent se poser dans les affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties prenantes de liens de coopération internationale afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement et d'accroître le montant des réalisations pour les parties prenantes quand il risque d'y avoir conflit de compétences. Leur utilisation peut réduire de manière efficace le coût des procédures judiciaires et permettre aux parties de se concentrer sur la conduite des procédures d'insolvabilité plutôt que sur la résolution de conflits de lois et d'autres litiges du même ordre. En outre, en plus de clarifier les attentes des parties, ces accords peuvent contribuer à préserver les biens du débiteur et à en maximiser la valeur.

43. Les accords d'insolvabilité internationale sont généralement conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États. Ils sont habituellement conçus pour faciliter la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et peuvent être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans traiter de questions particulières, alors que les accords plus détaillés et spécifiques établissent un cadre de principes destinés à régir plusieurs procédures d'insolvabilité et peuvent être approuvés par les tribunaux concernés.

44. Les accords peuvent être considérés comme des contrats entre signataires ou, en cas d'approbation du tribunal, obtenir le statut juridique d'une ordonnance. Ils peuvent couvrir une ou plusieurs questions et rien n'empêche les parties de conclure plusieurs accords à mesure que la procédure progresse et que d'autres questions se posent. Il n'est pas rare, par exemple, que des accords concernant la communication et la coopération en général soient conclus au début de la procédure et soient suivis, ultérieurement, par des accords portant sur la procédure à suivre pour le traitement des créances. Les accords d'insolvabilité internationale ne doivent donc pas nécessairement être conclus dans un délai précis, comme avant l'ouverture de la procédure. S'il est préférable de les conclure au début de la procédure pour répondre aux attentes et apporter une certaine clarté, ils peuvent également être conclus ultérieurement, lorsque se posent des questions précises qui nécessitent une coopération. Les accords existants peuvent également être modifiés, sous réserve des conditions prévues à cet effet.

45. Comme il est noté plus haut, les accords d'insolvabilité internationale peuvent se limiter à poser des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination devraient s'exercer, ou aborder aussi des questions précises, selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes: a) la répartition des rôles concernant divers aspects de la conduite et de l'administration des procédures entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de

l'insolvabilité; b) la disponibilité et la coordination des mesures; c) la coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général, lorsque des créances sont déclarées sur les biens d'un membre du groupe soumis à une procédure de faillite dans un autre État; d) la déclaration et le traitement des créances; e) l'utilisation et la disposition des actifs; f) les méthodes de communication, notamment la langue, la fréquence et les moyens de communication; g) les notifications; h) la coordination et l'harmonisation des plans de redressement; i) les questions portant uniquement sur l'accord, notamment sa modification et sa résiliation, son interprétation, son efficacité et le règlement des différends; j) l'administration des procédures, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice; k) le choix de la loi applicable pour les questions qui se recoupent; l) la répartition des rôles entre les parties à l'accord; m) les frais et les rémunérations; et n) les clauses d'encadrement. Ces dernières visent en général à faire en sorte que l'on ne puisse se soustraire à l'indépendance et à l'autorité du tribunal, ni déroger aux dispositions d'ordre public et à la loi applicable pour ce qui est, en particulier, des obligations que le représentant de l'insolvabilité ou les parties, y compris le débiteur, peuvent avoir contractées dans l'accord.

46. Ces accords toujours plus fréquents, surtout dans certains États, sont utilisés avec succès dans différentes situations: procédures concurrentes de redressement et de liquidation dans différents États; procédures principales et non principales définies dans la Loi type; et procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. On notera toutefois que si la loi sur l'insolvabilité de certains États peut permettre aux tribunaux d'approuver des accords internationaux concernant le même débiteur (par le biais, par exemple, de dispositions analogues à l'article 27 de la Loi type), cette autorisation ne s'étend pas obligatoirement à l'utilisation de ces accords dans le contexte de groupes. Ce qui peut faciliter la résolution globale des difficultés financières d'un groupe (qu'il s'agisse d'un redressement global ou de la combinaison de différentes procédures), c'est un accord qui prévoit de coordonner diverses procédures visant différents débiteurs dans différents États, même s'ils sont membres du même groupe. De nombreuses lois n'ont pas les dispositions nécessaires pour permettre à un tribunal d'approuver ou de reconnaître un accord relatif non seulement aux débiteurs relevant de sa compétence, mais aussi aux débiteurs qui n'en relèvent pas, même s'ils sont membres du même groupe d'entreprises.

47. C'est pourquoi il est souhaitable, pour renforcer la coopération internationale, qu'une loi sur l'insolvabilité autorise les parties concernées – représentants de l'insolvabilité et autres parties intéressées – à conclure des accords d'insolvabilité internationale concernant différents membres d'un groupe dans différents États et permette aux tribunaux de les approuver ou de les appliquer, en tenant compte du contexte de groupe. On notera que différents États peuvent avoir des exigences de forme différentes, qui devront être respectées pour que ces accords produisent leurs effets dans les États concernés.

Recommandations 253 et 254

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions législatives concernant les accords d'insolvabilité internationale est d'assurer que la loi sur l'insolvabilité permette l'utilisation de ces

accords pour faciliter la coopération en ce qui concerne des procédures d'insolvabilité visant les membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et autorise, au besoin, leur approbation par le tribunal.]

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale

253. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité et à d'autres parties intéressées de conclure [dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable,] un accord d'insolvabilité internationale [concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États] afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité à l'encontre de ces membres.

Approbation ou application d'accords d'insolvabilité internationale

254. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'approuver ou d'appliquer un accord d'insolvabilité internationale [concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États] afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité à l'encontre de ces membres.

A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session**

ADDITIF

I. Introduction

1. Le présent document contient des notes qui expliquent les modifications apportées aux recommandations contenues dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et soulève des questions que le Groupe de travail pourra examiner en ce qui concerne ces recommandations et des recommandations supplémentaires éventuelles.

II. Traitement national des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité**A. Questions générales**

2. Les projets de recommandations concernant le traitement national des groupes d'entreprises reposent sur un principe fondamental selon lequel la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître l'existence de groupes d'entreprises, tels qu'ils sont définis dans le glossaire, et leur accorder un traitement spécial comme le prévoient les recommandations 199 à 239 pour que les résultats puissent être plus favorables au groupe dans son ensemble et aux différents membres qui le composent. L'existence d'un tel principe dans le droit national prend encore plus d'importance lorsqu'il s'agit de faciliter la coopération et la coordination de l'insolvabilité d'un groupe d'entreprises dans le contexte international. Or, il n'existe pas de recommandation générale à cet effet, sur le modèle des principes généraux contenus dans la première partie du *Guide législatif*, aux recommandations 1 à 5. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce principe fondamental devrait être énoncé sous la forme d'une recommandation.

3. Ce principe fondamental pourrait aussi être intégré dans les différentes clauses relatives à l'objet. Ainsi, la clause relative à l'objet des dispositions concernant la coordination procédurale pourrait comprendre, à l'alinéa a), des mots tels que "en vue d'obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour le groupe d'entreprises".

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

4. Les projets de recommandations 211 à 216 ont été révisés par le Groupe de travail à sa trente-sixième session, mais n'ont pas été examinés plus avant, faute de temps.

5. Le projet de recommandation 213 traite de l'approbation, par les créanciers, de l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure conformément

aux recommandations 211 et 212. On sous-entend peut-être qu'il s'agit des créanciers du membre insolvable qui apporte le financement, mais compte tenu du contexte du groupe et dans l'intérêt des créanciers des membres, que ces derniers reçoivent ou octroient le financement, il serait peut-être plus simple de préciser de quels créanciers il est question. La même approche pourrait être utile dans le projet de recommandation 214, qui traite de l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure conformément à la recommandation 63.

C. Action en annulation

6. Conformément à la discussion que le Groupe de travail a tenue à sa trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 97), il est proposé pour examen une nouvelle clause relative à l'objet qui indique plus clairement le contexte des groupes d'entreprises.

D. Regroupement des patrimoines

7. Le libellé du projet de recommandation 221 a été amélioré. Au lieu de "La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le tribunal a la possibilité d'exclure certains actifs et certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines", il se lit maintenant "La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal d'exclure certains actifs et certaines créances lorsqu'il ordonne le regroupement des patrimoines".

8. Si le projet de recommandation 221 porte sur les exclusions du regroupement des patrimoines, il n'indique pas comment celles-ci seraient traitées dans la pratique. Des explications limitées sont données au paragraphe 171 du commentaire. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le projet de recommandation ou le commentaire devrait fournir plus de détails et, le cas échéant, examiner les explications à fournir.

9. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a examiné s'il fallait examiner la question d'un créancier garanti ou d'un employé qui améliorerait sa position à la suite d'une ordonnance de regroupement des patrimoines. Cette question est abordée au paragraphe 160 du commentaire et le projet de recommandation 225 a été inclus afin que le Groupe de travail l'examine.

10. Le projet de recommandation 226 porte sur le traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines. Il prévoit que les droits et priorités devraient, "dans la mesure du possible", être respectés en cas de regroupement des patrimoines. Les questions liées aux créanciers garantis sont examinées aux paragraphes 159 à 162 du commentaire. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le texte explique suffisamment bien ce que la reconnaissance dans la mesure du possible peut signifier dans la pratique.

11. Le projet de recommandation 227 traite de la reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines et demande également qu'elles soient reconnues "dans la mesure du possible". Le paragraphe 163 du commentaire fournit une explication limitée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de fournir des explications supplémentaires pour préciser ce que la

reconnaissance dans la mesure du possible peut signifier dans la pratique, et aider ainsi les lecteurs qui pourraient mal connaître les incidences du regroupement des patrimoines.

E. Représentant de l'insolvabilité

12. Le projet de recommandation 237 comprenait des termes qui limitaient la portée de l'article à ce qui était permis aux termes de la loi applicable. Ces mots ont été supprimés au motif que l'objectif du Guide était d'influencer la loi applicable dans son essence et, dans la mesure du possible, de la modifier pour tenir compte des recommandations. L'objectif du projet de recommandation 237 est d'encourager la coordination et la coopération. Or, si la loi applicable rejetait les types de coopération auxquels il était fait référence, la recommandation serait privée de sens. Nulle part ailleurs, dans le Guide, on ne limite une recommandation à ce qui est permis par la loi applicable. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la suppression de ces mots est appropriée.

F. Plans de redressement

13. Le projet de recommandation 238 évoque la proposition de plans de redressement coordonnés, sans aller plus loin. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le projet de recommandation devrait également traiter de l'approbation et d'autres aspects de ces plans en se référant, éventuellement, aux autres recommandations du *Guide* et aux questions abordées dans le commentaire.

III. Traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Questions générales

14. À l'image de ce qui a été noté plus haut en ce qui concerne la reconnaissance des groupes d'entreprises dans le droit national, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable de prévoir une disposition d'où il ressortirait que, de manière générale, les recommandations relatives au traitement international visent à faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe.

B. Coordination entre les tribunaux

15. Une nouvelle clause relative à l'objet a été ajoutée aux projets de recommandations 240 à 247 pour traiter de la question de la coordination en général.

16. Les projets de recommandations ont été réorganisés. Le premier groupe (recommandations 240 à 247) comprend maintenant les recommandations relatives aux tribunaux. La coopération et la communication entre les représentants de

l'insolvabilité uniquement sont maintenant traitées à la section 3, dans les recommandations 248 à 250.

17. Les projets de recommandations 242 et 250, qui concernent la coopération "dans toute la mesure possible", ont été révisés (en tenant compte du contexte légèrement différent de chaque recommandation) conformément à la décision prise par le Groupe de travail de les aligner sur les dispositions nationales (projet de recommandation 237) relatives à la coopération entre les représentants de l'insolvabilité.

18. Le projet de recommandation 246 repose sur une version approuvée par le Groupe de travail à sa trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 38). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si, étant donné que le projet de recommandation fait référence à la loi interne, il convient de conserver les références au tribunal étranger figurant aux alinéas b) et d).

19. Le projet de recommandation 247 a été révisé de manière à inclure une deuxième phrase qui reprend la teneur de l'ancienne note de bas de page, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 41). Il comprend également une troisième phrase qui traite, dans le contexte des audiences coordonnées, de la nécessité de garantir que chaque tribunal se prononce en toute liberté, sans être soumis à l'influence d'un autre tribunal.

20. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une recommandation supplémentaire, dans l'esprit de l'article 16-2 de la Loi type qui prévoit la présomption de l'authenticité de documents, pourrait être utile, en particulier dans le contexte des audiences coordonnées, où les documents peuvent être échangés entre les différents tribunaux. Cela pourrait également avoir des incidences sur l'échange de documents entre les tribunaux aux termes des projets de recommandations relatifs à la coordination.

C. Coopération entre représentants de l'insolvabilité

21. De nouvelles clauses relatives à l'objet ont été ajoutées aux projets de recommandations 248 à 250, qui concernent la coopération entre représentants de l'insolvabilité, et aux projets de recommandations 251 et 252, qui concernent la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité.

22. Le projet de recommandation 252 a été ajouté à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/671, par. 51) pour tenir compte de l'approche suivie en matière de conflits dans le contexte national (projet de recommandation 234).

D. Accords d'insolvabilité internationale

23. Une nouvelle clause relative à l'objet a été ajoutée aux recommandations qui concernent les accords d'insolvabilité internationale.

24. Conformément à une proposition formulée à la trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 48), certains passages du projet de recommandation 253 ont été placés entre crochets. Pour les raisons invoquées plus haut en ce qui concerne le

projet de recommandation 237, en incluant les mots “dans la mesure permise par la loi applicable”, on risque de priver la recommandation de sens, car ils iraient à l’encontre de ce qu’elle cherche à promouvoir. Il pourrait être utile de conserver la deuxième série de mots “ou de la manière exigée par la loi applicable” pour tenir compte des prescriptions de forme prévues par la loi applicable. On a ajouté les autres mots qui figurent entre crochets (“concernant deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises dans différents États”) dans les projets de recommandations 253 et 254 afin de les aligner sur la formulation utilisée dans d’autres projets de recommandations.

**C. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
sur les travaux de sa trente-huitième session
(New York, 19-23 avril 2010)
(A/CN.9/691)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-5
II. Organisation de la session	6-12
III. Délibérations et décisions	13
IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	14-93
A. Introduction de la troisième partie	15-16
B. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises	17-19
C. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales	20-62
D. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	63-93
V. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence: examen de la question dans le projet de supplément au Guide législatif sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	94-98
VI. Travaux futurs	99-107

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) en vue de son examen et que ce dernier devrait se voir accorder toute latitude pour lui présenter 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.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "*Guide législatif*" ou le "*Guide*") et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "*Loi type*") constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69). Une

manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le *Guide* et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuyaient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

3. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité à sa trente-deuxième session (mai 2007), à partir des notes du Secrétariat portant sur le traitement tant national qu'international (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1). Faute de temps, il n'a pas étudié le traitement international des groupes de sociétés, dont il était question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. À sa trente-troisième session en novembre 2007, sa trente-quatrième session en mars 2008, sa trente-cinquième session en novembre 2008, sa trente-sixième session en mai 2009 et sa trente-septième session en novembre 2009, le Groupe de travail a continué d'examiner le traitement des groupes d'entreprises (précédemment appelés "groupes de sociétés") en cas d'insolvabilité, en se fondant sur des notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4, A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1 et A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2). À sa trente-sixième session, il a décidé que les projets de recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité devraient être inclus en tant que troisième partie du Guide législatif et se présenter sous la même forme que les parties précédentes du *Guide* (voir A/CN.9/671, par. 55).

5. À sa trente-septième session, en novembre 2009, le Groupe de travail a commencé à examiner, à titre préliminaire, les travaux qu'il pourrait entreprendre dans l'avenir (voir Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session, document A/CN.9/686, par. 126 à 131). Parmi les sujets proposés figuraient: une convention internationale sur l'insolvabilité, la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité, l'insolvabilité des grandes institutions financières complexes, la notion de centre des intérêts principaux d'une entreprise et les facteurs permettant de le déterminer, ainsi que des questions de compétence et de reconnaissance.

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-huitième session à New York du 19 au 23 avril 2010. Ont assisté à cette session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Bélarus, Bénin, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Grèce, Guatemala, Inde, Iran (République islamique de), Italie, Japon, Madagascar, Malaisie, Maroc, Mexique, Pakistan, Paraguay, Pologne, République

de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Sri Lanka, Suisse, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont aussi assisté à la session les observateurs des États ci-après: Angola, Bangladesh, Croatie, Cuba, Danemark, Indonésie, Iraq, Koweït, Lituanie, Panama, Philippines, Slovénie et Turquie.

8. Y ont également assisté les États non membres et entités suivants: Palestine et Saint-Siège.

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

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales invitées*: Commission européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale des assureurs-crédit (ICISA), Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), INSOL International (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Inter-Pacific Bar Association (IPBA) et Union Internationale des Avocats (UIA).

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

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: M. Maged Sobhy Siweha (Égypte)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.91);

b) Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2);

c) Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/WG.V/WP.93);

d) Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant des travaux futurs possibles (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 et 2);

e) Proposition d'INSOL International: Les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3);

f) Proposition de la délégation du Royaume-Uni pour l'élaboration de lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4);

g) Proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation d'une étude sur la faisabilité d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5); et

h) Commentaires de l'Association internationale du barreau concernant les propositions d'envisager une convention internationale et/ou une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et travaux futurs.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur le sujet.

IV. Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

14. Le Groupe de travail a commencé par examiner le traitement national des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, qui faisait l'objet du document A/CN.9/WG.V/WP.92.

A. Introduction de la troisième partie

1. Clause relative à l'objet général

15. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé, à sa trente-septième session, d'énoncer l'objet général des recommandations applicables aux groupes d'entreprises figurant dans la troisième partie du *Guide législatif*. Il a approuvé quant au fond le projet de clause relative à l'objet, sous réserve que le sens des mots "un résultat meilleur et plus efficace" pour le groupe d'entreprises soit précisé. Il a aussi été estimé que le début de la clause serait peut-être plus clair s'il était rédigé comme suit: "traiter les procédures d'insolvabilité concernant un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises".

2. Glossaire

16. Le Groupe de travail a approuvé le projet de glossaire quant au fond.

B. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises

1. Introduction, paragraphes 1 à 5

17. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 1 à 5, sous réserve que les mots “legal persona”, au premier paragraphe de la version anglaise, soient remplacés par les mots “legal personality” (personnalité juridique).

2. Nature des groupes d'entreprises, paragraphes 6 à 16

18. La proposition d'insérer la note de bas de page 9 dans le glossaire n'a pas été appuyée. Une autre proposition, consistant à étoffer le paragraphe 9 de manière à y inclure des exemples d'entités mères ou de holdings non constituées en sociétés, telles que des fondations, a été appuyée. Il a en outre été proposé d'aligner le contenu de la note de bas de page sur celui du glossaire pour ce qui est du contrôle et de la participation.

3. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises, paragraphes 17 à 25; définition du “groupe d'entreprises”, paragraphes 26 à 30; et réglementation des groupes d'entreprises, paragraphes 31 à 39

19. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 17 à 39 quant au fond.

C. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales

1. Introduction, paragraphes 1 à 4

20. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 4 quant au fond.

2. Demande d'ouverture et ouverture

a) Introduction et demande conjointe d'ouverture

Commentaire, paragraphes 5 à 21

21. La proposition de supprimer la troisième phrase du paragraphe 6, au motif qu'elle risquait d'être source de confusion, n'a pas été appuyée, car elle donnait des informations générales sur la question et des exemples de solutions adoptées par certaines lois sur l'insolvabilité, comme le faisait aussi le *Guide législatif*.

Clause relative à l'objet

22. Il a été dit que les notes de bas de page 22 et 23 donnaient de nouvelles explications ou répétaient des informations qui figuraient déjà dans d'autres recommandations ou dans le commentaire, et n'étaient peut-être pas nécessaires. Il a été noté, en réponse, que ce genre d'explications et de rappels figuraient dans d'autres notes du *Guide* et servaient à mettre en exergue plusieurs points essentiels. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet, telle qu'elle était rédigée.

Projet de recommandation 199

23. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 199 quant au fond.

Projet de recommandation 200

24. Le Groupe de travail a appuyé la proposition présentée au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 et a décidé de conserver les mots suggérés entre crochets dans le chapeau en supprimant les crochets. En ce qui concerne l'alinéa b), il a accepté la proposition de le clarifier en le reformulant comme suit:

“b) Un créancier, à condition:

i) Qu'il soit créancier de chacun des membres visés par la demande; et

ii) Que chacun de ces membres satisfasse au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 16.”

Projet de recommandation 201

25. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 201 quant au fond.

b) Coordination procédurale*Commentaire, paragraphes 22 à 37*

26. La proposition de remplacer, au paragraphe 22, les mots “autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits” par les mots “parties intéressées” a été appuyée. La proposition de remplacer, dans la version anglaise, le terme “reversal” au paragraphe 37 par “termination” (mainlevée) afin d'aligner celui-ci sur le projet de recommandation 208 a également été appuyée.

Clause relative à l'objet

27. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 202

28. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 202 quant au fond.

Projet de recommandation 203

29. Afin d'améliorer la rédaction de la note de bas de page 26, il a été proposé, proposition qui a été approuvée, d'en modifier la deuxième phrase comme suit: “Par conséquent, une ordonnance de coordination procédurale pourra exiger l'intervention d'un ou de plusieurs tribunaux.”

Projet de recommandation 204

30. Il a été proposé de mentionner, dans le projet de recommandation 204, les comités de créanciers et la possibilité de constituer un comité unique dans les cas appropriés, comme le notait le paragraphe 26 du commentaire, ou la nécessité d'une

coordination en cas de pluralité de comités. Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 204 libellé comme suit:

“La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité; la constitution d’un comité unique de créanciers, dans les cas appropriés; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; la coopération entre les représentants de l’insolvabilité, notamment le partage d’informations et la coordination des négociations; la notification conjointe; la coordination entre comités de créanciers; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; et la coordination des actions en annulation. L’étendue de la coordination procédurale devrait être précisée par le tribunal.”

31. Le Groupe de travail a noté que certaines modifications devraient être apportées au paragraphe 26: en particulier, il faudrait supprimer la dernière phrase, renvoyer au commentaire de la deuxième partie du *Guide* sur les comités de créanciers et donner plus de précisions sur la nécessité de protéger les intérêts des créanciers et sur les situations qui pourraient justifier la constitution d’un comité unique de créanciers.

Projet de recommandation 205

32. Il a été noté que, si le projet de recommandation 203 prévoyait la possibilité pour un tribunal d’ordonner la coordination procédurale de sa propre initiative, le projet de recommandation 205 traitait uniquement, quant à lui, du moment où les personnes visées au projet de recommandation 206 pouvaient présenter une demande de coordination mais non du moment où le tribunal pouvait prendre l’initiative d’une telle coordination. Il a été proposé d’envisager une recommandation supplémentaire sur la question. Cette proposition n’a pas été appuyée.

Projets de recommandations 206 à 209

33. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

Projet de recommandation 210

34. Il a été proposé que le projet de recommandation mentionne également les modalités et le délai de notification. Cette proposition n’a pas été appuyée. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation quant au fond.

3. Traitement des actifs à l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité

a) Introduction et protection et préservation de la masse de l’insolvabilité, paragraphes 38 à 51

35. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 38 à 51 quant au fond.

b) Utilisation et disposition des actifs, paragraphes 52 à 54

36. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 52 à 54 quant au fond.

c) Financement postérieur à l'ouverture

Commentaire, paragraphes 55 à 74

37. Il a été noté que le renvoi au glossaire, dans le paragraphe 56, devrait préciser qu'il s'agissait du glossaire figurant au début du *Guide législatif*, et non du glossaire de la troisième partie. Il a également été noté que les mots "parties ayant des liens privilégiés entre elles" devraient être remplacés par "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 55 à 74 quant au fond.

Clause relative à l'objet

38. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 211

39. Le Groupe de travail a approuvé le projet de recommandation 211 quant au fond.

Projet de recommandation 212

40. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, présentée dans le paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, de remplacer le verbe "est" à l'alinéa b) par "sera" ou "est susceptible de". À l'issue de la discussion, selon l'avis qui a prévalu, le verbe "sera" était préférable. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation ainsi révisé.

Projets de recommandations 213 à 216

41. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

d) Actions en annulation

Commentaire, paragraphes 75 à 82

42. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 75 à 82 quant au fond.

Clause relative à l'objet et projets de recommandations 217 et 218

43. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet et les projets de recommandations.

e) Déclassement, paragraphes 83 à 91

44. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 83 à 91 quant au fond.

4. Voies de droit**a) Introduction, extension de la responsabilité et ordonnances de contribution, paragraphes 92 à 104**

45. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 92 à 104 quant au fond.

b) Regroupement des patrimoines*Commentaire, paragraphes 105 à 137*

46. La proposition de supprimer la dernière phrase du paragraphe 136 n'a pas été appuyée. La proposition visant à remplacer le mot "regroupement", en particulier dans les paragraphes 106 et 107, par l'expression "regroupement des patrimoines", a été appuyée. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 105 à 137 ainsi révisés.

Clause relative à l'objet

47. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Projets de recommandations 219 et 220

48. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

Projet de recommandation 221

49. Le Groupe de travail a appuyé la proposition figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 et décidé de remplacer, à la fin de la recommandation, le mot "ordonnées" par le mot "appropriées". Sur le plan rédactionnel, il a été convenu que la scission du projet de recommandation en deux alinéas, aux termes desquels la loi sur l'insolvabilité devrait a) autoriser le tribunal à exclure des actifs déterminés et b) spécifier les circonstances dans lesquelles ces exclusions pourraient être appropriées, permettrait de clarifier et de mieux comprendre le texte. Il a également été convenu que le commentaire devrait être étoffé pour donner des exemples supplémentaires de situations dans lesquelles des exclusions pourraient être appropriées, notamment lorsque des actifs constituaient une charge, comme des actifs impliquant une responsabilité environnementale ou des actifs qu'il serait difficile ou coûteux d'administrer, ou lorsque les conséquences de la fraude risquaient d'être aggravées si certains actifs étaient inclus dans l'ordonnance de regroupement des patrimoines.

Projets de recommandations 222 et 223

50. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

Projet de recommandation 224

51. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, figurant au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, de traiter les créances "comme si elles étaient des créances sur la masse de l'insolvabilité unique" à l'alinéa c) du projet de recommandation.

Projets de recommandations 225 à 227

52. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

Projet de recommandation 228

53. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, figurant aux paragraphes 12 à 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, de réviser le projet de recommandation. Sur le plan rédactionnel, il a été noté que cette recommandation devrait mentionner le caractère “rétroactif” du calcul de la période suspecte. Le projet de recommandation a été adopté comme suit:

“228. 1. La loi sur l’insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l’annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné à l’encontre de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises.

2. La date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement conformément à la recommandation 89 peut être:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d’ouverture, soit la date d’ouverture de la procédure d’insolvabilité à l’encontre de chacun de ces membres; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir soit i) la date la plus ancienne parmi celles de demande d’ouverture, ou d’ouverture, des procédures d’insolvabilité visant ces membres; soit ii) la date à laquelle toutes les demandes d’ouverture ont été présentées ou à laquelle toutes les procédures ont été ouvertes.”

Projets de recommandations 229 et 230

54. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond.

Projet de recommandation 231

55. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, d’aligner le projet de recommandation sur la recommandation 210 et a approuvé quant au fond ce projet ainsi aligné. La proposition d’ajouter une référence au droit d’être entendu et de faire appel n’a pas été appuyée au motif que ces questions étaient déjà abordées dans les recommandations 137 et 138.

5. Participants*Commentaire, paragraphes 138 à 145*

56. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 138 à 145 quant au fond.

Clause relative à l’objet

57. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l’objet.

Projets de recommandations 232 à 235

58. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations quant au fond. En réponse à une question concernant la partie chargée de décider de l'opportunité de la mesure visée dans le projet de recommandation 232, il a été rappelé que ce point devrait être traité dans le cadre de la recommandation 118 et du mécanisme adopté par la loi sur l'insolvabilité aux fins de la nomination du représentant de l'insolvabilité.

Projet de recommandation 236

59. Le Groupe de travail a pris note de la proposition, figurant dans le paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, d'aligner le projet de recommandation sur les projets de recommandations 235, 241 et 250. Concernant l'emploi de "[devrait] être" ou de "[peut] être", il est convenu, après discussion, de supprimer ces deux expressions, le libellé "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération [...] est assurée" étant jugé suffisant. Il a été noté que cette modification devrait également être apportée au projet de recommandation 250.

60. Le Groupe de travail a en outre accepté la proposition de déplacer la référence à la communication avec les créanciers à l'alinéa c). Concernant la proposition relative à l'alinéa d), selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver les mots "La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement" et supprimer les crochets. Le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de recommandation ainsi modifié.

6. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises*Commentaire, paragraphes 146 à 152*

61. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 146 à 152 quant au fond.

Projets de recommandations 237 et 238

62. Le Groupe de travail est convenu que les mots "deux membres ou plus" dans le projet de recommandation 238 devraient être remplacés par "un ou plusieurs membres" au motif qu'un membre solvable du groupe pourrait participer à un plan de redressement concernant un seul membre du groupe, ainsi qu'à un plan concernant plusieurs membres du groupe. Il a approuvé quant au fond les projets de recommandations 237 et 238, sous réserve de cette modification.

D. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

63. Le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations en passant au traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, dont il était question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1.

1. Introduction, paragraphes 1 à 6

64. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 1 à 6 quant au fond.

2. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

a) Introduction, paragraphes 7 à 10

65. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 7 à 10 quant au fond.

b) Accès aux tribunaux et reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère

Commentaire, paragraphes 11 à 13

66. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 11 à 13 quant au fond.

Clause relative à l'objet

67. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "deux ou plus" et "lorsque ceux-ci sont des conditions préalables à la coopération entre les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les créanciers" et d'enlever les crochets. Sous réserve de ces suppressions, il a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 239

68. Le Groupe de travail a noté que, dans la version anglaise, la virgule après le mot "necessary" dans l'alinéa b) ne figurait pas dans le projet de texte qu'il avait initialement approuvé à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 20) et devait par conséquent être supprimée. Il a approuvé quant au fond le projet de recommandation 239 ainsi modifié.

3. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux

a) Communications des tribunaux

Commentaire, paragraphes 14 à 34

69. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 14 à 34, tout en notant qu'il faudrait leur adjoindre des notes de bas de page renvoyant à certains paragraphes du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale afin d'appeler l'attention du lecteur sur ce Guide pratique et de souligner son importance en tant qu'outil de référence sur l'insolvabilité internationale.

b) Coordination des actifs et des affaires du débiteur

Commentaire, paragraphes 35 et 36

70. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 35 et 36 quant au fond.

c) Nomination d'un représentant du tribunal

Commentaire, paragraphe 37

71. Des inquiétudes ont été exprimées en ce qui concerne les qualifications et l'intégrité requises de la personne qui serait nommée par le tribunal ainsi que les questions de conflit d'intérêts. On a souligné que cette personne n'était généralement pas un représentant de l'insolvabilité et que, par conséquent, elle ne serait pas soumise aux recommandations 115 à 125. La proposition de traiter ces

questions en détail n'a pas été appuyée et on a dit préférer que celles-ci soient renvoyées au droit interne et au tribunal procédant à la nomination. Le Groupe de travail est néanmoins convenu de réviser la quatrième phrase du paragraphe 37 comme suit: "Le tribunal qui nomme le représentant peut examiner les qualifications requises pour exercer les fonctions prévues ainsi que les questions de conflit d'intérêts et énoncera généralement les conditions dans lesquelles la personne ainsi nommée est autorisée à agir ainsi que l'étendue des pouvoirs qui lui sont dévolus." Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 37 quant au fond.

d) Coordination des audiences

Commentaire, paragraphes 38 à 40

72. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 38 à 40 quant au fond.

Clause relative à l'objet

73. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "et de faciliter" après "D'autoriser" dans les alinéas a) et b). Sous réserve de ces ajouts, il a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 240

74. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "de ce groupe" figurant à la fin du projet de recommandation par les mots "du même groupe" afin d'aligner celui-ci sur les projets de recommandations 242 et 246 à 249. Il a approuvé quant au fond le projet de recommandation 240 ainsi modifié.

Projet de recommandation 241

75. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte entre crochets à l'alinéa a) en supprimant ces crochets. Face à la crainte que l'emploi en anglais du mot "including" ("comprenant") dans le chapeau ne limite la portée de la disposition dans certains systèmes juridiques, il a été convenu d'ajouter des mots tels que "par exemple". Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 241 ainsi modifié.

Projet de recommandation 242

76. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "de ce groupe" figurant à la fin du projet de recommandation par les mots "du même groupe" afin d'aligner celui-ci sur les projets de recommandations 240 et 246 à 249. Il a approuvé quant au fond le projet de recommandation 242 ainsi modifié.

Projet de recommandation 243

77. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots figurant entre crochets dans le chapeau. Il a été proposé de remplacer le verbe "peut" dans les deux phrases de l'alinéa d) par "devrait". Cette proposition n'a pas été appuyée. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 243 sous réserve de modifier le chapeau comme indiqué ci-dessus.

Projet de recommandation 244

78. Le Groupe de travail a examiné les propositions de modification du projet de recommandation 244, présentées aux paragraphes 25 et 26 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2. Il est convenu de supprimer les mots entre crochets figurant dans le chapeau et d'aligner ce dernier sur celui du projet de recommandation 243 comme suit: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers n'implique:". Il a été proposé de revoir l'alinéa c) pour y parler de "droits fondamentaux ou procéduraux" comme à l'alinéa f) du projet de recommandation 243. Cette proposition a été appuyée.

79. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 244 ainsi modifié.

Projet de recommandation 245

80. Il a été proposé d'exiger que la coordination des audiences soit soumise aux conditions visées dans la deuxième phrase du projet de recommandation en remplaçant le verbe "peuvent" par "devraient". Cette proposition a été appuyée. Une autre proposition, également appuyée, était de réviser la dernière phrase comme suit: "Nonobstant la coordination des audiences, chaque tribunal devrait conserver son indépendance pour rendre sa propre décision sur les questions dont il est saisi." Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation ainsi modifié.

4. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité**a) Coopération des représentants de l'insolvabilité***Commentaire, paragraphes 41 et 42*

81. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 41 et 42 quant au fond.

Clause relative à l'objet

82. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet sous réserve: a) que les mots "et entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux étrangers" soient ajoutés après les mots "représentants de l'insolvabilité" dans le chapeau, pour aligner son contenu sur celui des recommandations suivantes; et b) que les mots "et de faciliter" soient insérés après le mot "d'autoriser" à l'alinéa a), qui serait ainsi modifié de la même manière que la clause relative à l'objet des recommandations 240 à 245.

Projets de recommandations 246 à 249

83. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, présentée au paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, d'adopter les mots "du même groupe" et de supprimer les crochets. Il a approuvé quant au fond les projets de recommandations ainsi modifiés.

Projet de recommandation 250

84. Le Groupe de travail a appuyé la proposition, présentée au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, de conserver les mots entre crochets à l'alinéa d), en supprimant les crochets, pour aligner le texte sur celui du projet de recommandation 236. Pour la même raison, les mots "peut être assurée" ont été remplacés dans le chapeau par "est assurée". Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 250 ainsi modifié.

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité*Commentaire, paragraphes 43 à 47*

85. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les paragraphes 43 à 47, sous réserve que le paragraphe 46 renvoie aux paragraphes du chapitre III de la deuxième partie qui traitent de la nomination du représentant de l'insolvabilité, et à l'explication du terme "représentant de l'insolvabilité" dans le glossaire.

Clause relative à l'objet

86. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Projet de recommandation 251

87. Le Groupe de travail a pris note de la proposition de modification du projet de recommandation, figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, et est convenu de conserver la référence à la "loi applicable" en supprimant les crochets. Il a approuvé quant au fond le projet de recommandation 251 ainsi modifié.

Projet de recommandation 252

88. La proposition de supprimer la deuxième phrase du projet de recommandation n'a pas été appuyée. Notant que le projet de recommandation 252 était identique au projet de recommandation 233, qui avait été approuvé dans sa rédaction actuelle, le Groupe de travail l'a approuvé quant au fond.

5. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale*Commentaire, paragraphes 48 à 54*

89. Le Groupe de travail a approuvé les paragraphes 48 à 54 quant au fond.

Clause relative à l'objet

90. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la clause relative à l'objet.

Projets de recommandations 253 et 254

91. Le Groupe de travail a approuvé les projets de recommandations 253 et 254 quant au fond.

6. Recommandations supplémentaires possibles

92. Le Groupe de travail a examiné les propositions, figurant aux paragraphes 38 et 39 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2, d'ajouter une recommandation supplémentaire pour permettre à un représentant de l'insolvabilité d'agir dans un État étranger au titre de la procédure pour laquelle il avait été nommé (en s'inspirant de l'article 5 de la Loi type) ou de demander directement des informations ou une assistance au tribunal étranger (conformément à l'article 25 de la Loi type). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de réviser le projet de recommandation 248 comme suit:

“La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers, ou de leur demander directement des informations ou une assistance, au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe.”

93. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'apporter les modifications nécessaires au projet de troisième partie du Guide législatif, comme il en était convenu à la session en cours. Il a ensuite adopté le projet de troisième partie du Guide législatif relatif au traitement des groupes d'entreprises, tel qu'il figurait dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et l'a recommandé à la Commission afin qu'elle puisse éventuellement le finaliser et l'adopter à sa quarante-troisième session, en 2010.

V. Incidence de l'insolvabilité du donneur ou preneur de licence sur une sûreté réelle mobilière grevant ses droits découlant d'un accord de licence: examen de la question dans le projet de supplément au Guide législatif sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles

94. Il a été dit qu'au cours de ses travaux visant à élaborer un supplément au Guide législatif sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, le Groupe de travail VI (Sûretés) était convenu d'y inclure un texte concernant les clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme dans les accords de licence de propriété intellectuelle et de renvoyer ce texte au Groupe de travail V pour examen et approbation (voir le document A/CN.9/685, par. 95), car il faisait référence au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et en résumait certaines parties.

95. Le Groupe de travail a donc examiné le texte en question, contenu aux paragraphes 50 à 52 du document A/CN.9/WG.VI/WP.42/Add.6:

“50. Le Guide sur l'insolvabilité recommande que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat en cas de demande d'ouverture ou d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ou de nomination d'un représentant de l'insolvabilité, soit inopposable au

représentant de l'insolvabilité et au débiteur (voir recommandation 70 du Guide sur l'insolvabilité). Il recommande également que la loi sur l'insolvabilité spécifie les contrats qui sortent du champ d'application de cette recommandation, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail (voir recommandation 71 du Guide sur l'insolvabilité).

51. Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité indique que le droit de certains États oblige à respecter ces clauses dans certains cas et justifie cette approche, notamment par 'la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel' (voir deuxième partie, chap. II, par. 115). Par exemple, il peut être donné effet aux clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme contenues dans les accords de licence de propriété intellectuelle du fait que l'insolvabilité du preneur de licence risque d'avoir un impact négatif non seulement sur les droits du donneur mais également sur le droit de propriété intellectuelle lui-même. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'insolvabilité du preneur d'une licence de marque utilisée sur des produits peut avoir une incidence sur la valeur marchande de la marque et sur les produits portant la marque. Quoi qu'il en soit, les clauses qui, dans les accords de licence de propriété intellectuelle, stipulent, par exemple, que la licence prend fin après X années ou suite à un manquement grave, tel que le fait pour le preneur de ne pas améliorer ou commercialiser les produits mis sous licence en temps voulu (en d'autres termes, lorsque le fait générateur de la résiliation automatique n'est pas l'insolvabilité) ne sont pas concernées (voir note de bas de page 39, recommandation 72 du Guide sur l'insolvabilité).

52. Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité note aussi que le droit d'autres États prévoit l'annulation de ces clauses et en explique les raisons (voir deuxième partie, chap. II, par. 116 et 117). Il indique également que, bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation de ce type de clauses en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette approche ne s'est pas encore généralisée. À cet égard, il évoque les tensions inévitables entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de nuire aux opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales des contrats. Le commentaire conclut en indiquant qu'il serait souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'annulation de telles clauses (voir deuxième partie, chap. II, par. 118)."

96. On s'est inquiété de ce que les paragraphes présentés ci-dessus, s'ils donnaient un résumé de la teneur du Guide sur l'insolvabilité qui n'était pas inexact, ne reflétaient pas le traitement nuancé dont ces questions faisaient l'objet dans le Guide sur l'insolvabilité. À l'issue de la discussion, il a été proposé, proposition qui a été appuyée, de répondre à ces inquiétudes en ajoutant la phrase ci-après renvoyant au Guide, qui pourrait être insérée à l'endroit approprié, peut-être à la suite du paragraphe 50:

“Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité explique les avantages et les inconvénients attribués à de telles clauses, les types de contrat qu'il conviendrait d'exclure et les tensions inévitables entre le désir de favoriser la

survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et l'introduction de dispositions qui annulent les clauses contractuelles. L'application possible de ces dispositions à la propriété intellectuelle est traitée au paragraphe 115 du chapitre II, dans la deuxième partie du Guide sur l'insolvabilité."

97. Il a été suggéré de noter, lorsqu'il était renvoyé aux recommandations du Guide sur l'insolvabilité, que celles-ci visaient le contenu de la loi sur l'insolvabilité.

98. Le Groupe de travail a approuvé le libellé des paragraphes 50 à 52, tel que présenté par le Groupe de travail VI, avec les modifications susmentionnées.

VI. Travaux futurs

99. Le Groupe de travail a rappelé l'échange de vues initial auquel il avait procédé à sa précédente session sur les sujets pouvant faire l'objet de travaux dans l'avenir (voir document A/CN.9/686, par. 126 à 131). Il a poursuivi ses discussions sur les travaux futurs en écoutant une série de propositions présentées par les délégations des États-Unis, du Royaume-Uni, de la Suisse, d'INSOL International, de l'Association internationale du barreau, de l'International Insolvency Institute et de l'Union Internationale des Avocats. Ces propositions figuraient dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et d'autres documents mentionnés dans ces derniers.

100. En ce qui concerne la proposition des États-Unis relative, notamment, à la question du centre des intérêts principaux et à des questions connexes, s'il était possible, a-t-on observé, de mettre en évidence certains points communs dans les affaires examinées, on constatait une divergence grandissante dans la manière dont différents États interprétaient et réglaient ces questions, si bien qu'il devenait de plus en plus difficile de prévoir ce qui constituerait, par exemple, le centre des intérêts principaux du débiteur ou une procédure étrangère au sens de la Loi type. Ce manque de prévisibilité avait des conséquences économiques qui découlaient du lieu possible d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, lequel de son côté avait une incidence sur les priorités applicables dans le cadre de la procédure et pouvait d'emblée influencer sur les décisions de prêt. On a fait observer que le centre des intérêts principaux et les questions connexes faisaient l'objet de nombreuses études et discussions et que, par conséquent, un travail considérable avait déjà été accompli, travail qui pourrait aider le Groupe dans ses délibérations sur le sujet.

101. Il a été noté que la proposition des États-Unis comportait différentes phases, dont la dernière, à savoir l'élaboration d'une loi type sur la compétence, l'accès et la reconnaissance, avait un lien étroit avec la proposition de l'Union Internationale des Avocats et de l'Association internationale du barreau d'élaborer une convention régissant notamment ces questions. Selon un avis qui a recueilli un soutien considérable, le Groupe de travail pourrait, comme il l'avait fait lors de précédents travaux, aborder les sujets de manière à ne pas exclure l'élaboration d'une convention. Il pourrait, au départ, laisser ouverte la question de la nature de l'instrument à élaborer et, si un consensus important se dégagait, il lui serait possible de conclure un instrument à caractère contraignant. On a exprimé l'espoir que les travaux recueillent un consensus plus important que celui dont avait

bénéficié le Guide législatif. Selon un point de vue différent, le Groupe de travail devrait se limiter à élaborer des lignes directrices non contraignantes, qui viendraient compléter les textes existants, comme le Guide législatif et le Guide pratique.

102. S'agissant des propositions sur les obligations et les responsabilités des administrateurs et des dirigeants, on a fait observer que le sujet gagnait en importance, en particulier dans le contexte des groupes d'entreprises. Il a été noté que des dispositions sur les obligations et responsabilités pourraient inciter les dirigeants d'une entreprise débitrice à opérer rapidement un redressement au lieu d'attendre que celui-ci ne soit plus possible et que la liquidation soit inévitable. En outre, des organisations régionales et internationales avaient reconnu dans leurs travaux que ce sujet devait être traité à l'avenir, notamment dans le contexte international, en raison de l'absence de règles internationales sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants de sociétés proches de l'insolvabilité ou insolvable et des réelles divergences entre les approches suivies dans les droits nationaux. On a déclaré que la crise financière avait démontré non seulement que les insolvabilités avaient des effets mondiaux mais aussi que la réponse des États ne suffisait souvent pas à régler des problèmes comme ceux posés par les obligations des administrateurs et dirigeants. On s'est inquiété de savoir si la question des obligations et des responsabilités relevait du droit de l'insolvabilité ou plus généralement du droit des sociétés ou du droit pénal. Il a été répondu que la proposition ne visait pas des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

103. Il a été noté, à propos de la proposition concernant les grandes institutions financières complexes, que les travaux de la CNUDCI n'avaient pas, à ce jour, traité de ces institutions pour diverses raisons, notamment parce qu'elles étaient soumises à des règles spéciales qui se souciaient essentiellement de la nécessité de prévenir le risque systémique, de garantir la sécurité des systèmes de paiement et de protéger les déposants. On a toutefois estimé que les travaux entrepris par la CNUDCI étaient directement utiles à un éventuel traitement de ces institutions dans le contexte international et que la CNUDCI était bien placée pour aborder le sujet, du fait surtout qu'elle pourrait inviter à ses délibérations des parties ayant les compétences et l'expérience requises. Selon un avis différent, la CNUDCI n'était peut-être pas l'organisation appropriée pour aborder le sujet au motif que les banques centrales et les organismes de contrôle devraient être impliqués et que d'autres organisations régionales et internationales, comme le FMI, la Banque mondiale, la Commission européenne et le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, avaient déjà entrepris des travaux en la matière, comme l'indiquait le document A/CN.9/WG.V/WP.93, aux paragraphes 9 à 15. Il a été noté que certaines de ces organisations avaient cité les travaux de la CNUDCI. Il a donc été proposé que le Secrétariat soit prié de suivre l'avancement de leurs travaux afin d'en rendre compte au Groupe de travail et à la Commission, conformément à sa fonction de coordination.

104. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a recommandé que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité. Ces deux thèmes étaient les suivants:

a) La proposition des États-Unis, décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, d'élaborer des lignes directrices sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention; et

b) Les propositions du Royaume-Uni (document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), d'INSOL International (document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et de l'International Insolvency Institute (document A/CN.9/582/Add.6) sur les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité.

105. Le Groupe de travail a estimé que les travaux devraient commencer en 2010 compte tenu de la situation à laquelle de nombreux États étaient actuellement confrontés du fait de la crise financière mondiale et de la divergence d'approches entre droits nationaux sur ces thèmes. Il a également estimé que les documents contenant les propositions, ainsi que les études comparatives et publications existantes, offriraient une base suffisante pour entreprendre ces travaux en 2010.

106. Le Groupe de travail a recommandé que la faculté lui soit donnée de présenter à la Commission des recommandations concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, et de déterminer la manière dont les travaux pourraient être organisés et se dérouler.

107. Le Groupe de travail est convenu que les autres propositions qui avaient été appuyées devraient être soumises à la Commission pour examen.

D. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2)

[Original: anglais]

I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales

1. La présente note contient le projet du commentaire et des recommandations de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, dont le texte précédemment publié sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.90 et additif 1 a été révisé compte tenu du rapport du Groupe de travail V sur les travaux de sa trente-septième session, tenue en novembre 2009 (A/CN.9/686).

2. Le présent document examine le traitement des groupes d'entreprises dans le contexte national, tandis que le document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 traite du contexte international. Le document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 est communiqué au Groupe de travail pour information et examen. Il contient un certain nombre de notes qui ont pour but d'expliquer les modifications apportées aux projets de recommandations, de faciliter la discussion et de soulever des questions que le Groupe de travail pourrait examiner. Son contenu n'est pas destiné à faire partie du texte de la troisième partie du Guide législatif.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas
d'insolvabilité

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
Introduction de la troisième partie	1-2
Objet de la troisième partie	3
Glossaire	4
I. Caractéristiques générales des groupes d'entreprises	1-39
A. Introduction	1-5
B. Nature des groupes d'entreprises	6-16
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises	17-25
D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle	26-30
E. Réglementation des groupes d'entreprises	31-39
II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales	1-152
A. Introduction	1-4
B. Demande d'ouverture et ouverture	5-37
C. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	38-91
D. Voies de droit	92-137
E. Participants	138-145
F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises	146-152

Troisième partie

Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

Introduction de la troisième partie

1. La troisième partie est consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. Elle traite les questions particulières touchant aux groupes d'entreprises qui nécessitent une approche différente de celle suivie dans la deuxième partie ou les questions concernant le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité qui viennent s'ajouter à celles examinées dans cette deuxième partie. Elle n'aborde pas une nouvelle fois les questions déjà examinées plus haut qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes

d'entreprises. Autrement dit, sauf indication contraire dans la présente partie, la deuxième partie s'applique aux groupes d'entreprises.

2. Le chapitre premier examine les caractéristiques générales des groupes d'entreprises. Le chapitre II traite de l'insolvabilité des membres d'un groupe dans le contexte national et propose un certain nombre de recommandations pour compléter celles de la deuxième partie, lorsque des questions supplémentaires se posent dans le cadre du groupe. Le chapitre III traite de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises, en partant non seulement de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type"), qui concerne une procédure d'insolvabilité internationale visant un membre d'un groupe pris individuellement, mais non les questions liées à l'insolvabilité de différents membres d'un groupe situés dans différents États, mais également du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (le "Guide pratique").

Objet de la troisième partie

3. La présente partie a pour objet de permettre, aux niveaux tant national qu'international, de traiter les procédures d'insolvabilité visant un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises dans le contexte du groupe de manière à régler les questions propres aux procédures d'insolvabilité touchant ces groupes et à obtenir un résultat meilleur et plus efficace pour l'ensemble du groupe et ses créanciers. Elle a aussi pour objet en particulier:

- a) De promouvoir les objectifs principaux énoncés à la recommandation 1; et
- b) De traiter plus efficacement, dans le contexte de la recommandation 5, les cas de procédures d'insolvabilité internationale concernant des membres d'un groupe d'entreprises.

Glossaire

4. Les termes additionnels suivants, qui se rapportent spécialement aux groupes d'entreprises, devraient être lus conjointement avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal plus haut.

- a) "Groupe d'entreprises": deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante;
- b) "Entreprise": toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce des activités économiques et à laquelle la loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer¹;

¹ Conformément à l'approche adoptée pour les débiteurs autonomes, le critère pris en compte, dans la présente partie, est la conduite d'activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d'une "entreprise". Ne sont pas visés les consommateurs ou d'autres entités ayant un caractère spécialisé (comme les banques et les compagnies d'assurance) qui ne seraient pas soumis à la loi sur l'insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 (voir plus haut, note 6 relative à la recommandation 9). Le *Guide législatif* n'examine pas les considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces débiteurs (voir plus haut, deuxième partie, chap. I,

- c) “Contrôle”: capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d’une entreprise;
- d) “Coordination procédurale”: coordination de l’administration de deux procédures d’insolvabilité ou plus visant des membres d’un groupe d’entreprises. Ces membres, ainsi que leurs actif et passif respectifs, restent séparés et distincts²;
- e) “Regroupement des patrimoines”: traitement des actif et passif respectifs de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises comme s’ils faisaient partie d’une masse de l’insolvabilité unique³.

I. Caractéristiques générales des groupes d’entreprises

A. Introduction

1. La plupart des États reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus – propriétaires, gestionnaires ou salariés – qui la composent. En tant que personne morale, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; elle peut, par exemple, poursuivre et être poursuivie, détenir ou transférer des biens, signer des contrats et payer des impôts. Elle se caractérise par la continuité, en ceci qu’elle continue d’exister, quels que soient les membres qui la composent à un moment donné ou au fil du temps, et ses actionnaires peuvent transférer leurs actions sans que cela ait d’incidence sur son existence. Sa responsabilité peut aussi être limitée, les investisseurs n’étant en effet responsables qu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité et encourage l’investissement. Sans cette limitation, ceux-ci exposeraient l’ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une entreprise. Pour acquérir la personnalité juridique, une société doit accomplir un certain nombre de formalités. Une fois constituée, elle est soumise au régime applicable aux entités ainsi constituées. En général, ce régime détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la constitution en société favorise la sécurité dans l’organisation des affaires, car les personnes qui réalisent des opérations avec cette société savent qu’elles peuvent s’appuyer sur sa personnalité juridique et les droits et obligations qui y sont attachés.

2. Les sociétés mènent de plus en plus souvent leurs activités, au niveau national comme international, par l’intermédiaire de “groupes d’entreprises”. Ce terme recouvre différentes formes d’organisation économique fondée sur l’entité autonome. Il peut se définir plus ou moins comme un ensemble de deux entités juridiques (membres du groupe) ou plus liées entre elles par une forme de contrôle (direct ou indirect) ou de participation (voir plus loin). La taille et la complexité des

par. 1 à 11).

² Le concept de coordination procédurale est expliqué en détail dans le commentaire, voir par. 22 à 25 ci-après.

³ Pour les effets du regroupement des patrimoines et le traitement des sûretés réelles, voir, ci-après, les recommandations 224 et 225 et le commentaire du chapitre II, par. 129 à 133.

groupes d'entreprises ne sont pas toujours facilement visibles, car nombre d'entre eux se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une identité unique.

3. Les groupes d'entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne, par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés autonomes se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis de secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains États, a été l'autorisation de la détention d'actions d'une société par une autre, qui, au départ, était interdite dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit civil.

4. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société autonome n'est probablement plus, aujourd'hui, la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont omniprésents à la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent tous dans de nombreux secteurs parfois sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des États, mais aussi un nombre égal de groupes multinationaux d'entreprises. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une part considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux États.

5. Cependant, bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation relative aux sociétés et, en particulier, à leur traitement en cas d'insolvabilité, s'intéresse à l'entité autonome ou distincte. Malgré l'absence de législation, les juges et les représentants de l'insolvabilité dans de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant au principe de l'entreprise unique qu'à celui de l'entité autonome ou distincte⁴, ont mis au point des solutions qui permettent d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes d'entreprises

6. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec nombre de filiales en propriété exclusive ou non exclusive, filiales opérationnelles, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, conseils d'administration croisés, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre

⁴ La distinction est examinée plus en détail ci-après, voir E, par. 31 à 39.

d'autres types d'entités, telles que des entités ad hoc⁵, des coentreprises⁶, des fiducies à l'étranger⁷, des fiducies de revenu⁸ et des sociétés de personnes.

7. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans le cadre de laquelle des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou liées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. La concentration verticale se produit généralement au sein d'un même secteur d'activité et combine, par exemple, tout ou partie des opérations qui se succèdent entre l'obtention des matières premières et la vente du produit fini. Cette concentration peut prendre la forme d'une stratégie qui consiste à acquérir des fournisseurs, grossistes et détaillants pour accroître le contrôle et la fiabilité. Elle peut aussi consister, pour une société, à obtenir un pouvoir de contrôle important sur les fournisseurs ou distributeurs, le plus souvent en exerçant son pouvoir d'achat.

⁵ Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc" et dont on dit qu'elles sont "à l'abri de la faillite") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités, tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés, afin essentiellement d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficacité fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains États exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et de par son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'éléments hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple pour le développement d'une nouvelle technologie, soit la propriété d'une entité distincte non assujettie à des accords de licence préexistants.

⁶ Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat conclu entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les revenus, les dépenses et le contrôle. La coentreprise pourra n'être destinée qu'à un projet déterminé ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; ainsi qu'à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification.

⁷ Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

⁸ Une fiducie de revenu est une fiducie d'investissement qui détient des actifs productifs. Il peut aussi s'agir d'une entité juridique, d'une structure financière et d'une structure utilisée pour détenir certains actifs ou certaines entreprises. Ses actions ou parts sont échangées sur les marchés de titres et les revenus générés sont distribués aux investisseurs ou détenteurs des parts chaque mois ou chaque trimestre.

On cite souvent, à titre d'exemple de concentration verticale, l'industrie pétrolière, dans laquelle les grands groupes pétroliers réalisent la prospection et l'extraction du pétrole brut, le transport et le raffinage, puis la distribution au détail et la vente de carburant.

8. Les groupes d'entreprises peuvent aussi avoir une structure horizontale, constituée de nombreuses entreprises sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans un processus déterminé. On peut citer, à titre d'exemple, le marché de l'édition, où une maison d'édition peut en acquérir d'autres pour élargir son éventail d'éditeurs et d'auteurs ou devenir plus compétitive, ou encore le secteur de la communication, où un groupe peut être propriétaire de plusieurs médias dont le contenu est identique ou très similaire. La concentration horizontale est généralement associée au contrôle d'une seule étape de la production ou d'un seul secteur d'activité, qui permet au groupe de réaliser des économies d'échelle. Toutefois, des groupes intégrés horizontalement peuvent aussi exercer des activités dans un secteur apparenté ou dans divers secteurs sans lien entre eux. Les groupes horizontaux seraient plus courants dans certaines parties du monde, comme l'Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme les États-Unis d'Amérique et le Japon. De plus, la concentration verticale serait plus fréquente dans le secteur manufacturier et la concentration horizontale dans le marketing.

9. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances, telles que relations bancaires, conseils d'administration imbriqués, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels. Elles montrent également que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernement d'entreprise. Dans certains États, les groupes peuvent avoir une organisation verticale ou horizontale et s'étendre sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou société holding⁹ (appelée "société mère") ou une société de commerce, et un ensemble comprenant diverses entreprises de fabrication. Dans d'autres États, au contraire, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale ou entretiennent des liens étroits avec l'État, mais pas avec des familles. Les degrés de diversification varient aussi considérablement, les opérations intragroupe étant importantes dans certains groupes et pas dans d'autres¹⁰.

10. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes d'entreprises peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables au premier chef de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et

⁹ Une société holding ou société mère est une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société, pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou d'être purement et simplement propriétaire d'autres sociétés).

¹⁰ D'après certaines recherches, les groupes chiliens, par exemple, sont plus diversifiés que les groupes sud-coréens, et les groupes philippins davantage intégrés verticalement que les groupes indiens et beaucoup plus actifs dans les services financiers que les groupes thaïlandais. Voir T. Khanna et Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal of Economic Literature*, vol. XLV (juin 2007), p. 331 à 372.

stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux d'emprunt aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et les résultats à atteindre, en nommant les administrateurs et autres personnels principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé entre les mains de la société mère à la tête du groupe ou d'une société située plus bas dans la hiérarchie du groupe, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas un rôle direct de production ou de gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales, en particulier l'octroi de prêts, que ce soit par la société mère ou à la société mère, et l'octroi de garanties réciproques¹¹. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de roulement ou de dettes à court terme impayées, telles que des dividendes non versés ou des crédits dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

11. Dans certains États, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises. Il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent également dans les conseils des autres entreprises qui appartiennent au groupe, constituant ainsi un réseau d'administrateurs communs et liés entre eux, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. L'organigramme d'un grand groupe indien, par exemple, révèle un réseau complexe d'administrateurs communs entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe¹².

12. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements et les politiques gouvernementales, notamment celles concernant l'accès au crédit et aux devises et la concurrence, qui ont fortement influencé leur développement. Il existe également des exemples où les politiques gouvernementales ont visé les opérations des groupes, en éliminant certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

¹¹ Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque membre du groupe garantit les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains États et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un État, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des sociétés qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et fonctionne comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

¹² Voir Khanna et Yafeh, note 10.

13. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Ceux-ci peuvent comporter une multitude de strates de sociétés différentes contrôlées, dans une plus ou moins grande mesure, par le ou les niveaux supérieurs¹³. Dans certains cas, il s'agit de centaines, voire de milliers de sociétés différentes.

14. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes multinationales basées au Royaume-Uni, par exemple, a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis qui existaient entre tous les membres de ce groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet¹⁴. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrian, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une puissante loupe pour identifier les filiales. L'organigramme du groupe Federal-Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom de toutes les filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

15. Le degré d'intégration d'un groupe peut être déterminé à partir de divers facteurs, parmi lesquels figurent l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; fait que les filiales dépendent ou non du groupe pour leur financement ou la garantie des prêts, gestion centralisée ou non des questions de personnel, mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré de concentration verticale ou horizontale des entreprises du groupe); ses modalités de gestion du marketing (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et son image (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une entreprise unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

16. Le fait qu'un groupe soit constitué de plusieurs entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien

¹³ Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

¹⁴ Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, p. 271 à 286, p. 273.

que chacun de ses membres soit une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon des lignes de produits, et les filiales peuvent avoir une ou plusieurs lignes de produits et donc recouper différentes divisions. Dans certains cas, les filiales détenues à 100 % peuvent être traitées comme des succursales de la société mère.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises

17. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel qui permettent à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Certaines études montrent que les structures de groupe peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

18. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme la réduction des risques commerciaux et la maximisation de la rentabilité financière, le groupe pouvant se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société distincte. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité distincte afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et s'étendre en raison des coûts administratifs associés à la rationalisation et la liquidation des filiales redondantes.

19. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale distincte pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, à certains membres du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour les dettes ou le financement de projets en transférant certains actifs vers une société distincte constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la nouvelle société. Une société distincte peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou cette création peut être nécessaire pour obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile et, parfois, fiscalement plus avantageux de transférer les actions d'un membre du groupe à l'acquéreur plutôt

que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être la société mère d'un certain nombre d'autres sociétés.

20. Il peut être plus facile de respecter la réglementation lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres distincts d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales distinctes (parfois sous réserve d'une participation locale minimale au capital) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation de l'emploi et du travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages relatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être les impératifs géographiques, tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'incidence du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des entités dotées de la personnalité morale et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité. Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

21. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques accordent depuis toujours de l'importance à l'unité économique d'entités liées entre elles. Si l'imposition séparée de chaque entité est probablement le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe¹⁵. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe, les dégrèvements de groupe (group relief) et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées, par exemple, sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé, auquel cas les sociétés liées entre elles peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et présenter des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices

¹⁵ Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, OCDE, 1980.

d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

22. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intragroupe ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre États, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux d'imposition réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains États peuvent rendre ceux-ci plus attractifs que d'autres dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéfices dans des lieux à faible imposition.

23. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes de différentes filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons comme, par exemple, tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti, pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux), du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

24. Les règles comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains États, des dispositifs, comme les filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société mère propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

25. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoire. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise par des accords de financement de groupe, des opérations intragroupe, des garanties réciproques et des lettres de confort¹⁶ remises aux auditeurs du groupe et par la tendance qu'ont les

¹⁶ Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat

principaux créanciers, en particulier les banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société qui est à la tête d'un groupe. Pour lever les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises.

D. Définition du “groupe d'entreprises” – participation et contrôle

26. Bien que l'existence des groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus reconnues, tant par la législation que par la jurisprudence, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les États qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; les lois relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus, une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre États, mais également entre les lois d'un même État. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse exister des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le “contrôle”, les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme cela a été noté précédemment.

27. Alors que nombre de législations évitent de définir expressément le terme “groupe d'entreprises”, plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe d'entreprises à certaines fins, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur des groupes d'entreprises dans différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de capacité de contrôle ou d'influence, directes et indirectes, même si, dans certains cas, seuls la participation ou la capacité de contrôle ou d'influence directes sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l'on obtiendra peut-être plus facilement en se référant à la capacité de contrôle ou d'influence et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

28. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – par exemple la détention, directe ou

principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

indirecte, d'un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ce pourcentage peut aller de 5 % à plus de 80 %. Les lois qui ne requièrent que de faibles pourcentages prennent généralement en compte des facteurs supplémentaires tels que les indicateurs de contrôle ou d'influence examinés ci-dessous. Dans certains cas, ces pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfragable.

29. Dans d'autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe d'entreprises en se concentrant sur le contrôle ou l'influence déterminante (appelés "contrôle" dans la présente note), le terme "contrôle" étant alors souvent défini. Ce dernier s'entend principalement du fait de contrôler ou d'avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l'élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la propriété d'actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L'important n'est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que la nature de cette relation.

30. Les facteurs susceptibles d'indiquer qu'une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de déterminer la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution du membre du groupe; des détails sur l'actionnariat du membre; des informations sur ses décisions stratégiques essentielles; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux salariés.

E. Réglementation des groupes d'entreprises

31. La réglementation des groupes d'entreprises est généralement fondée sur l'une des deux théories suivantes ou, dans certains cas, sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (qui est la théorie traditionnelle de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

32. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

33. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en

est propriétaire (en d'autres termes, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) ou de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun¹⁷ pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont pas responsables de ses dettes et de ses obligations, si bien que les pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant investi dans le membre du groupe par l'achat d'actions.

34. La théorie de l'entreprise unique repose par contre sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux du membre dominant, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; les actifs et les passifs peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des sûretés personnelles ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

35. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, par voie législative ou jurisprudentielle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

36. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société et toute entité contrôlée; opérations de personnes ayant des liens privilégiés entre elles (une société n'est normalement pas autorisée à accorder des avantages financiers, dont des prêts, des sûretés personnelles, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs intragroupe, à une société ayant des liens privilégiés avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les membres du groupe n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'un membre exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'un membre contrôlé); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue responsable des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

37. Quelques pays ont instauré diverses catégories de groupes d'entreprises qui peuvent fonctionner comme une entreprise unique, en échange d'une protection

¹⁷ Pour l'examen du regroupement des patrimoines, voir troisième partie, chap. II, par. 105 à 137.

renforcée des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'eux¹⁸, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés qui font appel à l'épargne publique sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés – fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs au gouvernement d'entreprise et à la responsabilité des sociétés:

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée; et

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

38. Un pays¹⁹ qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de regroupement des patrimoines ou de mise en commun.

39. Dans un autre pays²⁰, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les tribunaux ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour réaliser un regroupement des patrimoines. Les tribunaux ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

¹⁸ Allemagne.

¹⁹ Nouvelle-Zélande.

²⁰ États-Unis d'Amérique.

II. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions nationales

A. Introduction

1. Les groupes d'entreprises peuvent être structurés de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour un ou plusieurs de leurs membres par la conclusion de mécanismes de garantie réciproque ou de caution et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère ou un membre du groupe exerçant le contrôle peut chercher à éviter l'insolvabilité d'autres membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances intragroupe aux dettes externes.

2. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe d'entreprises est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres du groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui se voient chacun reconnaître une personnalité et une existence juridiques distinctes. Étant donné que, comme il est noté plus haut, la grande majorité des règles de droit interne relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne traitent pas l'insolvabilité des groupes d'entreprises, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de dispositions législatives contraires ou de pouvoir discrétionnaire permettant aux tribunaux d'intervenir dans une procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée séparément en cas d'insolvabilité. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale des membres d'un groupe est étroitement intégrée, il est possible que cette approche ne produise pas toujours les meilleurs résultats pour le débiteur autonome ou pour le groupe dans son ensemble, à moins que les procédures d'insolvabilité parallèles visant tous les membres du groupe ne puissent être étroitement coordonnées.

3. Une grande partie des règles de droit interne existant sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises portent principalement sur les cas dans lesquels il pourrait être approprié de regrouper les masses de l'insolvabilité. Ces règles n'indiquent pas la façon de traiter l'insolvabilité des groupes d'entreprises de manière plus globale. Elles ne disent pas, en particulier, si le traitement des groupes d'entreprises devrait s'écarter du principe de l'entité distincte et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.

4. Une deuxième question qui se pose dans le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité est de savoir quel est le degré d'intégration économique et organisationnelle du groupe et comment ce degré d'intégration peut influencer sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsqu'un groupe a une structure hétérogène comprenant des activités et des actifs sans liens entre eux, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, les membres insolubles pouvant donc être administrés séparément. Dans d'autres, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut

créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et de l'imbrication de l'actif et du passif de ses différentes parties. Dans ces cas, il arrive bien souvent que l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe entraîne inévitablement l'insolvabilité de l'ensemble des membres ("effet domino"). Il peut donc être avantageux, pour apprécier l'imminence de l'insolvabilité, d'examiner la situation du groupe dans son ensemble, ou de procéder à un examen coordonné de la situation des différents membres du groupe.

B. Demande d'ouverture et ouverture

5. Les considérations générales relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont examinées plus haut dans la deuxième partie, aux chapitres I et II. Comme ces chapitres s'appliquent également aux membres d'un groupe d'entreprises pris individuellement, il faudrait les examiner conjointement avec les questions supplémentaires abordées ci-dessous, qui concernent spécifiquement les groupes d'entreprises.

1. Demande conjointe d'ouverture

a) Généralités

6. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe d'entreprises et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque membre. En outre, chaque membre doit être soumis à la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 10) et satisfaire au critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir recommandations 15 et 16). Certaines lois prévoient des exceptions limitées qui permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe, par exemple, lorsque toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs membres; que l'insolvabilité d'un membre du groupe risque d'avoir des effets sur d'autres membres; que les parties à la demande entretiennent des liens économiques étroits, par exemple en raison d'une confusion des actifs ou d'un degré déterminé de contrôle ou de participation; ou qu'il est particulièrement important sur le plan juridique de considérer le groupe comme une entité unique, notamment dans le cadre de plans de redressement.

7. Les recommandations ci-dessus relatives à la demande d'ouverture et à l'ouverture s'appliquent aux débiteurs appartenant à un groupe d'entreprises de la même manière qu'elles s'appliquent à des débiteurs qui sont des entreprises commerciales autonomes. Les recommandations 15 et 16 posent les critères auxquels les débiteurs et les créanciers doivent satisfaire pour demander l'ouverture d'une procédure et constituent la base sur laquelle l'ouverture d'une telle procédure pourrait être demandée pour chaque membre d'un groupe remplissant ces critères²¹. Dans le cadre d'un groupe d'entreprises, l'insolvabilité d'une société mère ou d'un membre du groupe exerçant le contrôle peut compromettre la stabilité financière d'une filiale ou d'un membre contrôlé, ou l'insolvabilité d'un certain nombre de

²¹ Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, la recommandation 15 prévoit aussi le critère de l'insolvabilité imminente.

membres peut nuire à la solvabilité d'autres membres, de sorte que l'insolvabilité est imminente dans l'ensemble du groupe. La recommandation 15 s'applique dans ce cas si, au moment où les membres insolubles du groupe forment leurs demandes, on peut dire que les autres membres sont ou seront dans l'incapacité générale de payer leurs dettes à leur échéance.

b) Objet d'une demande conjointe d'ouverture

8. La possibilité pour les membres d'un groupe qui satisfont au critère d'ouverture de former une demande conjointe d'ouverture pourrait accroître l'efficacité et réduire les coûts en facilitant l'examen coordonné des demandes par le tribunal, sans remettre en cause l'identité distincte des demandeurs ni supprimer la nécessité, pour chacun d'eux, de satisfaire individuellement au critère d'ouverture applicable. Elle alerterait également le tribunal de l'existence d'un groupe, en particulier si la demande était accompagnée d'informations prouvant l'existence du groupe et les liens entre les membres concernés et, si des procédures étaient ensuite ouvertes sur la base de cette demande conjointe, aurait l'avantage d'établir une date d'ouverture commune pour chaque membre insoluble du groupe. Cette date commune pourrait simplifier le respect des délais et le calcul de la période suspecte aux fins d'annulation.

9. Une telle demande conjointe pourrait, sous réserve que la loi l'autorise et que les circonstances le permettent, consister soit en une demande unique formée pour tous les membres du groupe remplissant le critère d'ouverture, soit en plusieurs demandes parallèles formées en même temps pour chacun de ces membres. Cette dernière approche peut convenir lorsque les membres du groupe se trouvent dans des États différents et que différents tribunaux sont compétents (voir plus loin), ou lorsque d'autres circonstances de l'affaire, notamment l'existence d'un nombre important de procédures à coordonner, font qu'une demande unique ne serait pas possible. Dans un cas comme dans l'autre, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette au tribunal d'examiner de manière coordonnée si chaque membre satisfait au critère d'ouverture, en tenant compte, s'il y a lieu, du fait qu'il s'agit d'un groupe.

c) Distinction entre la demande conjointe et la coordination procédurale

10. Il faudrait distinguer la demande conjointe de ce que l'on appelle ci-après la demande de coordination procédurale. La possibilité de former une demande conjointe a pour but de faciliter l'examen coordonné des critères d'ouverture et éventuellement de réduire les coûts. L'ouverture de procédures multiples sur la base d'une demande conjointe devrait également faciliter la coordination de ces procédures; la date d'ouverture, de même que toutes les autres dates calculées à partir de celle-ci, comme celles de la période suspecte, seraient identiques pour chaque membre. Le fait d'autoriser la présentation d'une demande conjointe ne vise pas à prédéterminer la manière dont seront administrées les procédures en cas d'ouverture effective ni, en particulier, si elles feront l'objet d'une coordination procédurale. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne subordonne pas la coordination procédurale à la présentation d'une demande conjointe. Néanmoins, une demande conjointe d'ouverture pourrait s'accompagner d'une demande de coordination procédurale, comme indiqué plus bas, et aider le tribunal à prendre une décision quant à cette coordination.

d) Inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe

11. Une question qui se pose souvent à propos des groupes d'entreprises est de savoir si un membre solvable d'un groupe peut être inclus dans une demande d'ouverture concernant les membres insolubles du groupe et, si tel est le cas, dans quelles circonstances il peut l'être. Si un membre du groupe semble solvable, mais qu'un examen plus poussé montre que l'insolvabilité est imminente, l'inclusion de ce membre dans la demande serait couverte par la recommandation 15, comme il est noté plus haut.

12. En revanche, si l'insolvabilité n'est pas imminente et si le membre du groupe est de toute évidence solvable, différentes approches peuvent être suivies. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, une loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire pourraient être les suivants: l'existence, entre les membres du groupe, d'une relation, dont la description peut varier mais qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire d'un soutien en matière de gestion et de finance ou d'autres facteurs similaires ne découlant pas nécessairement de la relation juridique (société mère-filiale, par exemple) qui existe entre les membres du groupe. L'inclusion d'un membre solvable du groupe dans une demande conjointe pourrait également se concevoir dans le cas où l'existence d'un "groupe" est fictive. Il peut y avoir fictivité lorsque, par exemple, le groupe mène ses activités comme s'il s'agissait d'une entité unique et que l'existence du groupe n'est qu'une simple façade pour les activités de cette entité. Il peut aussi y avoir fictivité lorsque les liens entre les membres du groupe sont tels qu'il n'existe en fait qu'un seul actif et que la séparation juridique entre eux n'est pas maintenue, si bien que les dirigeants et les créanciers traitent les différents membres comme s'ils formaient une seule et unique entité.

13. Une telle approche peut faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, évitant ainsi d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient concernés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolubles initiaux. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterait les actifs tant des membres solvables que des membres insolubles du groupe.

14. Toutefois, l'une des difficultés liées à l'inclusion d'un membre solvable du groupe tient au fait que la loi sur l'insolvabilité ne vise généralement que les entités qui remplissent véritablement le critère d'ouverture. Un membre solvable du groupe peut néanmoins être volontairement inclus dans un plan de redressement, lorsque le conseil d'administration ou la direction de ce membre prend la décision commerciale (conformément à la loi applicable) de le faire participer au plan (voir ci-dessous, par. 152).

15. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée par certaines lois sur l'insolvabilité lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolubles ou solvables, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont

d'accord. Toutefois, l'obtention du consentement de l'ensemble des créanciers dans ces cas risque généralement de se révéler très difficile et de prendre du temps. Une loi sur l'insolvabilité pourrait également prévoir qu'un membre du groupe non impliqué dans une procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture puisse se joindre plus tard à cette procédure si celle-ci a des conséquences préjudiciables pour lui ou si sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

e) Personnes autorisées à former une demande conjointe

16. Conformément à l'approche préconisée par la recommandation 14, une loi sur l'insolvabilité peut autoriser qu'une demande conjointe soit formée par deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont au critère d'ouverture prévu par la loi (voir deuxième partie, chap. I, par. 32 à 53). Une telle demande pourrait également être formée par un créancier à l'égard de tout membre du groupe dont il est créancier. Le fait de permettre à un créancier de former une demande à l'égard de membres du groupe dont il n'est pas créancier serait contraire au critère d'ouverture de la recommandation 14.

f) Tribunaux compétents

17. Une demande conjointe concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut soulever des questions de compétence, y compris dans un même État, si les membres se trouvent dans différents lieux et si différents tribunaux ont potentiellement compétence sur ces membres et, partant, peuvent connaître de cette demande. Une telle situation peut se produire, par exemple, dans le cas d'un groupe qui exerce ses activités au niveau national au sein d'États dans lesquels les questions d'insolvabilité relèvent de la compétence de tribunaux situés dans des lieux différents ou dans lesquels les demandes d'ouverture peuvent être formées auprès de différents tribunaux. Certaines lois peuvent autoriser qu'une demande conjointe soit traitée par un seul tribunal qui aura compétence sur les membres du groupe inclus dans la demande.

18. Bien que cette solution soit souhaitable, la question sera en définitive de savoir si le droit interne permet de traiter ainsi les demandes conjointes visant différents débiteurs (cependant membres du même groupe) dans différents ressorts ou tribunaux. Certains États autorisent la transmission à un tribunal unique ou le regroupement devant un tribunal unique des procédures ouvertes devant différents tribunaux. Divers critères pourraient dans ces cas être utiles pour déterminer le tribunal qui serait le plus approprié pour traiter une telle demande. Il pourrait s'agir, par exemple, du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité visant la société mère ou un membre exerçant le contrôle du groupe, lorsque ce membre est inclus dans la demande. D'autres critères, comme l'importance de l'endettement des différents membres du groupe ou le centre de contrôle du groupe, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal le plus compétent au sein de l'État. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers.

19. La question de savoir quel tribunal au sein d'un État est compétent pour connaître d'une demande conjointe lorsque les membres du groupe concernés se

trouvent dans différents ressorts pourrait être traitée par une loi autre que celle régissant l'insolvabilité. Il est cependant souhaitable que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait pour cela que la loi sur l'insolvabilité indique clairement, ou mentionne par un renvoi, la loi déterminant le tribunal compétent pour une telle demande. L'adoption d'une telle approche devrait permettre à toutes les parties concernées de savoir précisément où et comment une telle demande peut être formée, chose particulièrement importante lorsque plusieurs tribunaux peuvent avoir compétence sur les membres du groupe.

20. Le fait que la loi sur l'insolvabilité autorise la présentation d'une demande conjointe peut permettre de réaliser des économies lorsque, par exemple, le même tribunal examine en même temps les critères d'ouverture pour plusieurs membres du même groupe d'entreprises. Il est probable donc que les frais et les autres questions procédurales associés au dépôt d'une demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité méritent d'être reconsidérés dans le contexte des demandes conjointes (voir deuxième partie, chap. I, par. 76 à 78).

g) Notification de la demande

21. Les recommandations ci-dessus concernant la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient à une demande conjointe (voir deuxième partie, chap. I, par. 64 à 67). Une demande conjointe formée par un créancier devrait être notifiée aux membres du groupe concernés par cette demande, conformément à la recommandation 19 a). Lorsque des membres d'un groupe forment une demande conjointe, il ne serait pas nécessaire de la notifier aux créanciers et aux autres parties intéressées avant que soit ouverte une procédure sur la base de cette demande, conformément à la recommandation 22.

Recommandations 199 à 201

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la demande conjointe²² d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

- a) De faciliter l'examen coordonné d'une demande d'ouverture visant ces membres;
- b) De permettre au tribunal d'obtenir des informations relatives au groupe d'entreprises qui l'aideraient à déterminer si l'ouverture de procédures d'insolvabilité devrait être ordonnée à l'encontre de ces membres;
- c) De promouvoir l'efficacité et de réduire les coûts; et
- d) D'offrir au tribunal un mécanisme²³ permettant d'évaluer si ces procédures d'insolvabilité se prêteraient à une coordination procédurale.

²² Une demande conjointe d'ouverture est sans incidence sur l'identité juridique de chaque membre du groupe visé par la demande; chaque membre demeure séparé et distinct.

²³ Une demande conjointe n'est pas une condition préalable à la coordination procédurale, mais pourra faciliter l'examen, par le tribunal, de la question de savoir si la coordination procédurale devrait être ordonnée.

Contenu des dispositions législatives

Demande conjointe d'ouverture de procédures d'insolvabilité (par. 8)

199. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier qu'il est permis de former une demande conjointe d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable²⁴.

Personnes autorisées à former une demande (par. 16)

200. [Lorsqu'elle autorise les demandes conjointes conformément à la recommandation 199,] la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande conjointe peut être formée par:

a) Deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises qui satisfont chacun au critère d'ouverture applicable énoncé dans la recommandation 15; ou

b) Un créancier, à condition qu'il soit créancier de chaque membre du groupe qui satisfait au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 16 et qui est visé dans la demande conjointe.

Tribunaux compétents (par. 17 à 19)

201. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande conjointe d'ouverture visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises²⁵.

2. Coordination procédurale

a) Objet de la coordination procédurale

22. La coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie en matière procédurale et peut faciliter non seulement l'obtention d'informations complètes sur les opérations commerciales des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité mais également l'évaluation des actifs et l'identification des créanciers et autres personnes auxquelles la loi reconnaît des droits, et éviter les doubles emplois. Elle désigne, dans la pratique, divers degrés de coordination de la conduite et de l'administration de plusieurs procédures d'insolvabilité ouvertes à l'égard de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises impliquant, éventuellement, un ou plusieurs tribunaux. Même s'ils sont administrés de manière coordonnée, les patrimoines respectifs des membres du groupe faisant l'objet d'une mesure de coordination procédurale restent séparés et distincts, ce qui permet de préserver l'intégrité et l'identité de chaque membre du groupe et les droits fondamentaux des créanciers. Aussi les effets de la coordination procédurale se limitent-ils aux aspects administratifs des procédures sans toucher

²⁴ Voir, ci-dessus, la recommandation 15 sur la demande émanant d'un débiteur et la recommandation 16 sur la demande d'ouverture émanant d'un créancier.

²⁵ La recommandation 13 prévoit que la loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement (ou mentionner par un renvoi la loi permettant de déterminer) le tribunal compétent pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions qui se posent pendant son déroulement. Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 18.

aux questions de fond. La portée d'une décision de coordination procédurale est généralement déterminée au cas par cas par le tribunal.

23. Plusieurs procédures peuvent être rationalisées de différentes manières par une décision de coordination procédurale: facilitation de la mise en commun des informations pour obtenir une évaluation plus complète de la situation des divers débiteurs; coordination des audiences et des assemblées, y compris organisation d'assemblées conjointes de créanciers; établissement d'une liste unique des créanciers et des autres parties intéressées pour l'envoi des notifications et coordination de cet envoi; fixation de délais communs; accord sur une procédure conjointe de déclaration des créances et coordination de la réalisation et de la vente des actifs; coordination des actions en annulation; et tenue de réunions de créanciers uniques ou coordination entre comités de créanciers. La rationalisation peut également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures ou par la coordination des représentants de l'insolvabilité lorsqu'il en est nommé deux ou plus (voir ci-après, par. 139 et 140). Elle peut également consister à faire coopérer deux tribunaux ou plus ou, si le droit interne l'autorise, à faire administrer les multiples procédures concernant plusieurs membres d'un groupe par un tribunal unique.

24. Lorsque deux tribunaux ou plus sont concernés, la coopération entre eux pourrait, par exemple, consister à coordonner la tenue d'audiences ainsi qu'à échanger et se communiquer des informations. Comme il est noté ci-après pour la coopération internationale (voir chap. III, par. 38 à 40), des audiences coordonnées peuvent considérablement accroître l'efficacité des procédures d'insolvabilité parallèles concernant des membres d'un groupe d'entreprises en réunissant les parties concernées en même temps pour examiner et résoudre les questions en suspens ou les conflits potentiels, ce qui permet d'éviter des négociations interminables et les retards qui s'ensuivent. Dans ce cas, généralement, deux tribunaux ou plus tiennent des audiences en même temps, des dispositions étant prises pour assurer la communication simultanée de façon que les parties puissent au moins entendre ou, mieux encore, voir les débats dans chaque tribunal. Il est relativement plus facile d'organiser ce type d'audiences dans un contexte national, où ne se posent généralement pas les problèmes liés aux différences de langues, fuseaux horaires, lois, procédures et traditions judiciaires, qui peuvent survenir dans le contexte international. Comme dans le contexte international, cependant, la tenue de ces audiences pourrait nécessiter d'utiliser des procédures communes et de déterminer d'un commun accord, par exemple, les modalités de dépôt des documents et de fourniture d'informations d'un tribunal à l'autre.

25. Plusieurs facteurs pourraient être utiles pour examiner s'il y a lieu d'ordonner une coordination procédurale dans un cas particulier. Il peut s'agir, par exemple, d'informations prouvant l'existence du groupe et faisant apparaître les liens entre les membres du groupe, y compris la position, au sein du groupe, de chaque membre visé par la demande, en particulier lorsque l'un d'eux était le membre contrôlant ou la société mère. Si l'obligation de fournir de telles informations risque d'être lourde lorsque les créanciers sont autorisés à demander la coordination procédurale, une telle demande part du principe que les débiteurs sont membres du même groupe et que la coordination procédurale sera bénéfique à la conduite et à l'administration des procédures d'insolvabilité. Il faudrait donc que le tribunal s'assure de cette

relation lorsqu'il détermine s'il faudrait ordonner l'ouverture de procédures et la coordination procédurale.

b) Participation des créanciers

26. S'agissant de la participation des créanciers, les intérêts des créanciers des différents membres du groupe peuvent diverger et il est peu probable qu'ils puissent être représentés par un comité unique. Toutefois, lorsque la coordination procédurale concerne de nombreux membres d'un groupe, la constitution d'un comité distinct pour les créanciers de chaque membre risque de s'avérer extrêmement coûteuse et inefficace pour l'administration des procédures. C'est pourquoi certains États laissent aux tribunaux toute latitude pour décider, lorsque les circonstances le justifient, de ne pas constituer de comité de créanciers distinct pour chaque entité. De manière générale, il pourrait donc être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité autorise la constitution d'un comité des créanciers unique lorsque les conditions s'y prêtent.

c) Moment où présenter une demande

27. Étant donné que les avantages de la coordination procédurale peuvent être évidents au moment du dépôt d'une demande d'ouverture ou ne le devenir qu'une fois les procédures ouvertes, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment auquel former une demande de coordination procédurale. Une telle demande pourrait être formée en même temps qu'une demande d'ouverture ou à tout moment ultérieur. Toutefois, étant donné que l'objectif visé est la coordination de l'administration de multiples procédures, la possibilité d'ordonner la coordination procédurale à un stade avancé des procédures serait limitée dans la pratique par l'utilité d'une telle décision. En d'autres termes, il ne sera peut-être pas très avantageux de chercher à coordonner des procédures qui sont presque terminées. De même, le moment où d'autres membres du groupe sont devenus insolvable déterminerait si ceux-ci pourraient se voir appliquer une ordonnance existante de coordination procédurale.

28. Pour apporter une certaine sécurité, une loi sur l'insolvabilité pourrait fixer un délai pour la présentation d'une demande de coordination procédurale. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsqu'on examine l'opportunité de fixer un délai, il faudra tenir compte à la fois des avantages d'un tel délai, des risques de rigidité qui pourraient en découler et de la nécessité de veiller au respect de ce délai (voir deuxième partie, chap. I, par. 60).

d) Personnes autorisées à présenter une demande

29. Il est souhaitable de rendre la coordination procédurale aussi accessible que possible et de laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier si la coordination des différentes procédures en faciliterait l'administration. Celui-ci pourra déterminer s'il doit ordonner la coordination procédurale d'office, en particulier dans les cas où il apparaît que la coordination servirait au mieux les intérêts du groupe d'entreprises et faciliterait l'administration, mais où aucune demande en ce sens n'est présentée par une partie autorisée à le faire. Il pourrait également ordonner la coordination en réponse à une demande émanant de parties autorisées à la présenter, comme un membre du groupe soumis à une procédure, le représentant de l'insolvabilité d'un

membre, qui détient généralement les informations les plus pertinentes pour présenter une telle demande, ou un créancier.

30. S'agissant des demandes émanant de créanciers, les limites d'admissibilité applicables au dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (recommandation 200 b)) ne doivent pas nécessairement s'appliquer. Lorsque la coordination procédurale est demandée au moment du dépôt de la demande d'ouverture, la question de l'ouverture devrait être traitée séparément de celle de la coordination procédurale, car les critères à respecter pour chacune d'elles seront généralement différents. Une fois les procédures ouvertes, il n'existe aucune raison de n'autoriser que les créanciers qui sont créanciers des membres devant être coordonnés à demander la coordination procédurale, si cette dernière est bénéfique à la conduite et à l'administration des procédures. Les créanciers d'autres membres du groupe pourraient également présenter une telle demande; la décision d'ordonner la coordination procédurale ne devrait pas dépendre du statut du créancier qui dépose la demande.

e) Tribunaux compétents

31. La coordination procédurale peut aussi soulever les mêmes questions de compétence que celles mentionnées plus haut en ce qui concerne les demandes conjointes d'ouverture (voir par. 17 à 19), lorsque différents tribunaux d'un même État ont compétence sur les différents membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité. Dans les États où le problème se pose, celui-ci sera généralement tranché conformément aux règles de procédure internes. Dans certains États, les procédures devant différents tribunaux peuvent être regroupées devant un tribunal unique ou transmises à un tribunal unique, par exemple le tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité concernant la société mère du groupe. Un certain nombre d'autres critères, comme la "règle du premier demandeur", l'importance de l'endettement ou le centre de contrôle, pourraient également être choisis pour déterminer le tribunal le plus compétent au niveau interne. Avant de regrouper les procédures ou de les transmettre à un tribunal unique, il importe d'établir une communication entre les tribunaux concernés. Il se pourrait aussi que les créanciers des différents membres du groupe se trouvent dans des lieux différents, ce qui poserait des problèmes de représentation et de choix du lieu de réunion ou de constitution des comités de créanciers.

32. Bien que ces questions puissent être traitées par une autre loi que celle qui régit l'insolvabilité, il est souhaitable, comme il est noté plus haut à propos des demandes conjointes (par. 19), que l'approche préconisée par la recommandation 13 soit suivie. Il faudrait, pour cela, que la loi sur l'insolvabilité indique clairement ou mentionne par un renvoi la loi déterminant le tribunal compétent pour connaître d'une demande de coordination procédurale.

f) Notification de la coordination procédurale

33. Une demande de coordination procédurale pourrait être soumise aux mêmes exigences de notification qu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandations 19, 22 à 24 et deuxième partie, chap. I, par. 64 à 68). Lorsqu'elle est présentée en même temps que la demande d'ouverture, la demande de coordination ne devrait être notifiée aux débiteurs concernés que si elle émane de créanciers, conformément à la recommandation 19.

34. Une demande présentée en même temps que la demande d'ouverture par des membres du groupe ne devrait pas nécessairement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 23 et 24, mais les informations pertinentes, telles que le contenu ou les conséquences de l'ordonnance, pourraient être incluses dans la notification d'ouverture.

35. Lorsqu'une demande de coordination procédurale est présentée après l'ouverture des procédures, il peut être bon de la notifier aux créanciers, bien que la coordination ne porte pas atteinte à leurs droits fondamentaux. La notification peut être particulièrement importante lorsque la loi prévoit, comme cela est noté plus haut, que des procédures ouvertes devant différents tribunaux seront transmises à un tribunal unique ou administrées par lui, et que cette transmission risque d'avoir des incidences sur des aspects procéduraux qui intéressent les créanciers, comme le lieu de réunion d'un comité de créanciers ou le lieu de déclaration des créances.

36. Il est possible de s'acquitter de l'obligation de notification à tous les créanciers par voie de notification collective, notamment dans une publication juridique donnée, si la législation interne le permet et lorsque les circonstances s'y prêtent, par exemple lorsqu'il existe un grand nombre de créanciers (voir deuxième partie, chapitre premier, par. 69 et 70). Outre les informations requises par les recommandations ci-dessus relatives à la notification de l'ouverture d'une procédure (recommandation 25 et deuxième partie, chap. I, par. 71), la notification d'une ordonnance de coordination procédurale pourrait préciser le contenu de cette ordonnance et comprendre des informations relatives, par exemple, à la coordination des audiences et des réunions et aux mesures à prendre s'agissant du financement postérieur à l'ouverture des procédures.

g) Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

37. Étant donné que la coordination procédurale se justifie par des raisons de commodité et d'économie en matière d'administration des procédures, une loi sur l'insolvabilité peut inclure des dispositions prévoyant la modification ou la mainlevée d'une ordonnance de coordination en cas de changement de circonstances. Cette approche pourrait, par exemple, se justifier si un redressement coordonné ne réussit pas et si chaque membre doit être mis en liquidation séparément. La mainlevée d'une ordonnance, bien que rarement nécessaire, devrait être possible étant donné que l'ordonnance initiale n'est pas censée avoir d'incidence sur les droits fondamentaux. La loi sur l'insolvabilité pourrait, à titre de protection, prévoir qu'il est possible de modifier ou de lever une ordonnance sous réserve que cela ne porte pas atteinte aux droits et intérêts acquis découlant de l'ordonnance initiale.

Recommandations 202 à 210

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter la coordination de l'administration de ces procédures tout en respectant l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe; et

b) De favoriser la rationalisation des coûts et de permettre aux créanciers de recouvrer des sommes plus importantes.

Contenu des dispositions législatives

Coordination procédurale de deux procédures d'insolvabilité ou plus

202. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises peut être coordonnée à des fins procédurales.

203. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁶ peut ordonner la coordination procédurale à la demande d'une personne autorisée, conformément à la recommandation 206, à présenter une telle demande ou de sa propre initiative.

204. La coordination procédurale peut consister, par exemple, en la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité; la coopération entre les tribunaux, notamment la coordination des audiences; la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, notamment le partage d'informations et la coordination des négociations; la notification conjointe; la coordination des procédures de présentation et de vérification des créances; et la coordination des actions en annulation. L'étendue de la coordination procédurale devrait être précisée par le tribunal.

Demande de coordination procédurale

– Moment où présenter une demande

205. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être formée au moment de la demande d'ouverture des procédures d'insolvabilité ou à tout moment ultérieur²⁷.

– Personnes autorisées à présenter une demande

206. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de coordination procédurale peut être présentée par:

- a) Un membre d'un groupe d'entreprises visé par une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité;
- b) Le représentant de l'insolvabilité d'un membre d'un groupe d'entreprises; ou
- c) Un créancier²⁸ d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou soumis à une procédure d'insolvabilité.

²⁶ La coordination pourrait concerner différents tribunaux compétents pour différents membres d'un groupe ou un seul tribunal compétent pour un certain nombre de procédures d'insolvabilité différentes visant des membres d'un même groupe. Par conséquent, une ordonnance de coordination procédurale pourra exiger l'intervention de plusieurs tribunaux.

²⁷ La possibilité d'ordonner une coordination procédurale à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus par. 27.

²⁸ Pour être en droit de former une demande, un créancier n'a pas à être créancier de tous les membres du groupe à l'égard desquels il demande la coordination procédurale.

Coordination de l'examen d'une demande

207. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal²⁹ peut prendre les mesures appropriées pour coordonner, avec tout autre tribunal compétent, l'examen d'une demande de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures pourraient comprendre, par exemple, des procédures coordonnées, des audiences coordonnées, ainsi que le partage et la communication d'informations.

Modification ou mainlevée d'une ordonnance de coordination procédurale

208. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il est permis de modifier ou de lever une ordonnance de coordination procédurale, à condition que cette modification ou mainlevée n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance. Lorsque plusieurs tribunaux ordonnent la coordination procédurale, ils peuvent prendre les mesures appropriées pour en coordonner la modification ou la mainlevée.

Tribunaux compétents

209. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également aux demandes et aux ordonnances de coordination procédurale des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises³⁰.

Notification de la coordination procédurale

210. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de coordination procédurale, ainsi que de la modification ou de la mainlevée de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne la portée de ces ordonnances; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification et le contenu de cette dernière.

C. Traitement des actifs à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

38. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail ci-dessus dans la deuxième partie, chapitre II. De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture de procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe d'entreprises sont examinées ci-après, et concernent la protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité; le financement postérieur au dépôt d'une demande; l'utilisation et la disposition des actifs; le financement postérieur à l'ouverture; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, notamment les ordonnances de regroupement des patrimoines.

²⁹ Voir recommandation 203, note 26 ci-dessus.

³⁰ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 18.

1. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité

a) Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe

39. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. II, par. 26), de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire respecter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les recommandations relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises (voir recommandations 39 à 51).

40. Une question qui pourrait se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises, mais pas dans le cas de débiteurs autonomes, est l'extension de l'arrêt des poursuites à un membre qui n'est pas soumis à une procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable à être inclus dans la procédure). Elle peut revêtir une importance particulière pour un groupe d'entreprises en raison de l'interdépendance de ses activités commerciales. Lorsque, par exemple, des arrangements financiers sont conclus à l'échelle du groupe, au moyen de garanties réciproques ou de sûretés réelles croisées, le financement octroyé à un membre pourrait avoir des incidences sur le passif d'un autre. De même, des actes concernant l'actif des membres qui ne sont pas soumis à une procédure d'insolvabilité peuvent avoir des répercussions sur l'actif et le passif des membres visés par des demandes d'ouverture ou par des procédures d'insolvabilité ou sur leur capacité à poursuivre le cours normal de leurs affaires.

41. L'extension de l'arrêt des poursuites au membre solvable pourrait être recherchée dans plusieurs situations, par exemple pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant; pour empêcher un prêteur de chercher à faire exécuter un accord à un membre solvable, alors que cette exécution risque d'avoir des répercussions sur le passif d'un autre membre visé par une demande d'ouverture; et pour empêcher la réalisation d'une sûreté réelle sur les actifs d'un membre solvable qui sont essentiels aux activités commerciales du groupe, y compris celles des membres visés par une demande d'ouverture. Dans ces cas, l'extension peut avoir une incidence sur les activités commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'un membre du groupe établi pour détenir certains actifs ou assumer certaines obligations.

42. Dans certains États, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non inclus dans la procédure), car elles seraient incompatibles avec, par exemple, la protection des droits réels ou soulèveraient des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait, dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures de protection au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'égard d'autres membres du groupe. Les mesures

peuvent être laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

43. Ces mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (qui sont prévues dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appliquées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

44. Des mesures pourraient également être prises à titre provisoire. La recommandation 39 traite des mesures provisoires, en précisant les types de mesures pouvant être prononcées "à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, 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".

45. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe pourrait également être traitée dans le cadre des recommandations pertinentes ci-dessus. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

46. Lorsqu'un créancier garanti est un membre du même groupe que le ou les débiteurs, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement des patrimoines ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous, par. 84 à 88).

b) Financement postérieur à la demande d'ouverture

47. Lors de l'examen du financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans la deuxième partie, chapitre II, il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Cette exploitation continue exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs.

48. Le même besoin de financement survient entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure (financement dit "postérieur à la demande d'ouverture"). Lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises devient insolvable et dépose une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cette demande constitue souvent un défaut d'exécution aux yeux des conventions de prêt existantes, ce qui autorise le prêteur à cesser

d'avancer des fonds dans le cadre de ces conventions. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas l'ouverture automatique d'une procédure d'insolvabilité dès le dépôt d'une demande, plusieurs mois s'écoulent souvent entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Pendant cette période, les tribunaux doivent procéder à une évaluation indépendante pour déterminer si les débiteurs visés par la demande répondent aux critères légaux qui régissent l'ouverture d'une procédure. Or, si le membre du groupe doit poursuivre son activité pendant cette évaluation, il doit être en mesure de continuer à réaliser ses opérations, à rémunérer ses salariés, à payer ses fournisseurs et, d'une manière générale, à mener ses activités quotidiennes. La décision de savoir si le redressement sera finalement une option viable ou si la liquidation sera nécessaire peut être considérablement influencée par l'existence ou l'absence de financement pendant cette période, quand elle n'en dépend pas purement et simplement. Lorsque les activités du membre insolvable sont étroitement liées à celles d'autres membres, la possibilité pour lui de poursuivre ses activités peut avoir une incidence sur la solvabilité de ces autres membres et, en définitive, selon sa position dans la hiérarchie du groupe, sur la solvabilité du groupe tout entier.

49. Comme il est noté plus haut (deuxième partie, chap. II, par. 96), à défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture d'une procédure peut aussi entraîner des problèmes délicats, comme l'application de pouvoirs d'annulation et l'engagement de la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient, par exemple, lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant la période qui précède l'ouverture, que celui-ci peut être responsable de toute augmentation du passif des autres créanciers ou que l'avance sera, en tant qu'opération préférentielle, susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente.

50. L'existence, dans la loi sur l'insolvabilité, d'une disposition permettant l'obtention d'un financement pour la période comprise entre le dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure fournirait l'autorisation nécessaire et donnerait à tout prêteur existant ou nouveau les assurances et les incitations nécessaires pour qu'il apporte un financement supplémentaire pendant cette période.

51. Ainsi qu'il est noté plus haut (voir par. 44), la recommandation 39 autorise le tribunal à prononcer des mesures provisoires pour préserver les actifs du débiteur avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Étant donné que ces mesures pourraient inclure l'autorisation d'un financement postérieur à la demande d'ouverture, l'octroi de ce financement devrait être considéré comme relevant du champ d'application de cette recommandation.

2. Utilisation et disposition des actifs

52. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. II, par. 74), bien qu'il soit généralement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser les actifs de la masse et les actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

53. Lorsque les procédures d'insolvabilité concernent deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre du même groupe qui n'est pas soumis aux procédures pour financer la poursuite de l'activité des membres qui y sont soumis en attendant le règlement des procédures. Lorsque ces actifs sont en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54, qui traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur, peut être suffisante.

54. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres soumis aux procédures, la recommandation 54 ne s'appliquera généralement pas. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe qui se trouve en possession de ces actifs sera inclus dans les procédures d'insolvabilité ou les dispositions d'un plan de redressement du groupe devront couvrir les actifs (voir plus loin, par. 152, pour l'examen de la question de l'inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement). Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans les procédures, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres soumis aux procédures et, dans l'affirmative, à quelles conditions une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une source d'inquiétude pour les créanciers de ce membre.

3. Financement postérieur à l'ouverture

a) Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture

55. Lors de l'examen de la question du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure ci-dessus dans la deuxième partie, chapitre II, (voir par. 94 et 95), il a été reconnu que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. La continuité de l'exploitation exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il a également été noté, cependant, que nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Parmi celles qui traitent effectivement du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, pratiquement aucune n'aborde la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

56. Le financement postérieur à l'ouverture peut être encore plus important dans le contexte d'un groupe que dans celui d'une procédure d'insolvabilité visant un débiteur autonome. Sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable ou de le vendre en tout ou en partie en vue de la poursuite de l'activité sont très minces. L'impact économique de l'absence de financement risque, surtout dans les grands groupes, d'être bien plus important qu'il ne le serait dans le cas d'un débiteur autonome. Les raisons qui poussent à promouvoir un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe sont donc comparables à celles qui valent pour un débiteur autonome, bien qu'il risque de se

poser un certain nombre de questions différentes. Ces questions peuvent avoir trait à l'équilibre à trouver entre les intérêts de chaque membre du groupe et les mesures à prendre pour redresser l'ensemble du groupe; à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par des membres solvables du groupe, en particulier lorsque des questions de contrôle pourraient se poser (comme dans le cas d'un membre solvable contrôlé par la société mère insolvable); au traitement des opérations entre membres du groupe qui sont essentiellement des parties ayant des liens privilégiés entre elles (voir glossaire, al. kk)); à l'octroi d'un financement par des membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité; et à l'opportunité de maintenir, dans les procédures d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

57. Le recours à un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe exige que soient examinés l'opportunité et l'impact d'un tel financement non seulement pour le membre du groupe qui en bénéficie mais aussi pour le membre du groupe qui le fournit ou qui en facilite l'octroi en consentant une sûreté réelle ou une sûreté personnelle. Lorsque cet examen est réalisé par plusieurs représentants de l'insolvabilité, il est indispensable que ceux-ci se coordonnent et se mettent d'accord. Lorsqu'un seul représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe, il faudra examiner et régler les conflits d'intérêts potentiels liés au financement postérieur à l'ouverture.

b) Sources de financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe

58. Comme indiqué plus haut dans la deuxième partie, chapitre II, (voir par. 99), les sources de financement postérieur à l'ouverture d'une procédure risquent d'être peu nombreuses. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces sources pourraient être à la fois externes et internes au groupe, sachant que les sources internes pourraient comprendre des membres solvables du groupe ainsi que des membres déjà soumis à des procédures d'insolvabilité. Même si certaines des raisons qui poussent les prêteurs externes et internes à octroyer un financement postérieur à l'ouverture peuvent être les mêmes, les prêteurs internes peuvent y être d'autant plus encouragés pour assurer leur propre survie lorsqu'ils sont visés par un plan de redressement.

i) Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre solvable du groupe

59. Comme on l'a noté plus haut, l'une des questions qui se posent en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe d'entreprises est de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés, par exemple aux fins de la constitution d'une sûreté réelle ou d'une sûreté personnelle, pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations relatives à la priorité et aux sûretés réelles. Il se pourrait que le membre solvable ait intérêt à ce que la société mère, d'autres membres ou encore le groupe tout entier conservent leur stabilité financière afin d'assurer sa propre stabilité financière et la poursuite de son exploitation, en particulier lorsqu'il est étroitement lié aux membres insolubles ou qu'il dépend d'eux pour poursuivre ses activités, ce qui sera souvent le cas, par

exemple, dans un groupe manufacturier intégré verticalement. Différents types d'entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et des actifs de valeur, pourraient participer de différentes manières à l'insolvabilité des autres membres du groupe, notamment en octroyant une sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour aider les membres insolubles à obtenir un nouveau financement.

60. Cependant, l'utilisation des actifs d'un membre solvable à cette fin, en particulier lorsque ce membre risque de devenir, ou devient ultérieurement, insoluble, soulève plusieurs questions. Ce dernier pourrait accorder ce financement de sa propre initiative conformément au droit des sociétés applicable et non conformément à la loi sur l'insolvabilité, mais les conséquences de ce financement pourraient être régies en définitive par cette dernière. On pourra, par exemple, se demander si un membre solvable du groupe pourrait bénéficier de la priorité prévue dans la recommandation 64 s'il finançait un membre insoluble; si la créance découlant de cette opération ferait, en vertu de la recommandation 184, l'objet d'un traitement spécial parce qu'elle est née entre parties ayant des liens privilégiés entre elles; ou si cette opération pourrait être considérée comme préférentielle et partant être susceptible d'annulation en cas d'insolvabilité ultérieure du membre apportant le financement. Dans certaines lois, un tel financement peut être interdit, car il équivaudrait à un transfert d'actifs d'une entité solvable à une entité insoluble au détriment des créanciers et des actionnaires de la première.

61. Certaines des difficultés liées à l'octroi d'un financement par un membre solvable du groupe pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable, de même que les personnes externes fournissant un financement, pourrait participer par contrat. S'il se peut que cette solution convienne dans certaines situations, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture à un stade précoce de la procédure d'insolvabilité conduit à penser que la solution risque d'avoir une application limitée. Dans une procédure de redressement, par exemple, un tel financement serait généralement nécessaire avant qu'un plan puisse être négocié et approuvé. En cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, aucun plan de redressement ne serait établi mais un financement serait nécessaire pour maintenir l'entreprise avant sa cession.

ii) *Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre insoluble du groupe*

62. L'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité à un autre membre qui se trouve dans le même cas n'est pas directement traité ailleurs dans le *Guide*. Certaines des interdictions générales que prévoient les lois existantes en ce qui concerne les entités insolubles qui empruntent et prêtent des fonds appellent peut-être un examen plus attentif pour faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture dans cette situation. Les raisons qui justifient ces interdictions sont probablement évidentes lorsque le prêteur et l'emprunteur sont tous deux non seulement insolubles et soumis à une procédure d'insolvabilité, mais aussi membres du même groupe d'entreprises. L'appartenance au même groupe peut en outre soulever des problèmes quant aux devoirs et obligations des représentants de l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité d'un membre insoluble cherche à faciliter l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre insoluble du groupe et que le représentant de l'insolvabilité du second membre cherche à obtenir

ce financement. Il est souhaitable dans ces cas que la loi sur l'insolvabilité traite tant des parties octroyant que de celles recevant le financement.

63. On peut s'attendre, en règle générale, à ce qu'un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité ne soit pas en mesure d'octroyer un financement postérieur à l'ouverture à un autre membre qui se trouve dans le même cas, ou de faciliter un tel financement. Cependant, dans certaines situations, quoique potentiellement limitées, il serait peut-être à la fois possible et souhaitable qu'un tel financement soit octroyé ou facilité, en particulier lorsque les intérêts du groupe d'entreprises sont considérés comme un tout. Dans la mesure où ce financement a une incidence sur les droits des créanciers existants – garantis ou non – des deux membres, il est souhaitable de le mettre en balance avec la possibilité que le maintien de la valeur d'exploitation de l'entreprise grâce à la poursuite des activités profite en fin de compte à ces créanciers. Il pourrait également être souhaitable de mettre en balance le fait de sacrifier un membre du groupe au profit des autres et celui d'obtenir un meilleur résultat global pour tous les membres. Bien que potentiellement difficile à atteindre, le but pourrait être de répartir équitablement les conséquences négatives qui résultent d'un tel financement à court terme, dans l'optique d'un gain à long terme, plutôt que de sacrifier un membre (et ses créanciers) au profit des autres concernés par le financement postérieur à l'ouverture.

c) Traitement de l'octroi et de l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe

64. Les recommandations 63 à 68 tendent à faciliter l'offre d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur et à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, ainsi qu'à d'autres parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, ces recommandations s'appliqueraient à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture, aux membres soumis à des procédures d'insolvabilité, par des prêteurs externes au groupe et par des membres solvables du groupe.

65. La recommandation 63 énonce les conditions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure (il faut que le représentant de l'insolvabilité juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse) et de son autorisation (par le tribunal ou par les créanciers). Ces exigences restent valables dans le contexte des groupes d'entreprises et, pour lever tout doute, la recommandation 63 devrait être interprétée comme s'appliquant à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité qui obtient un financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'un prêteur externe ou d'un membre solvable du groupe. Elle ne s'applique en revanche pas à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité qui fournit un financement postérieur à l'ouverture directement à un autre membre lui aussi soumis à une procédure ou qui facilite l'octroi d'un tel financement en constituant une sûreté réelle ou personnelle, ni à l'obtention d'un tel financement par le membre insolvable.

66. Pour faire pendant aux exigences de la recommandation 63 et prévoir des dispositions pour le membre du groupe qui octroie le financement, il pourrait être souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité de ce membre détermine

que la fourniture du financement postérieur à l'ouverture est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie du membre en question ou pour préserver ou augmenter la valeur de sa masse. Une exigence supplémentaire pourrait être que tout préjudice causé aux créanciers du membre fournissant le financement soit compensé par le bénéfice à retirer de la constitution de la sûreté réelle.

67. Conformément à la recommandation 63, la loi sur l'insolvabilité pourrait également exiger l'autorisation du tribunal ou le consentement des créanciers du membre du groupe qui fournit le financement. Étant donné qu'il peut être nécessaire d'obtenir un nouveau financement de manière relativement urgente pour assurer la continuité de l'activité, il est souhaitable de maintenir au minimum le nombre d'autorisations requises. Les avantages et les inconvénients des différentes considérations liées aux autorisations qui s'appliqueraient également dans le contexte d'un groupe sont examinés plus haut (voir deuxième partie, chap. II, par. 105 et 106). En outre, puisque les questions à résoudre seront probablement plus complexes dans ce contexte, faisant intervenir un nombre plus important de parties et des relations complexes, il est très probable que les représentants de l'insolvabilité des membres concernés du groupe seront les mieux placés pour évaluer l'impact du financement proposé, tout comme ils le sont pour déterminer la nécessité d'un nouveau financement en vertu de la recommandation 63. Si la participation des tribunaux ou des créanciers est jugée souhaitable, il faudra cependant garder à l'esprit que des retards sont possibles lorsqu'un grand nombre de créanciers doivent être consultés ou que le tribunal n'a pas les moyens de rendre des décisions rapidement.

d) Conflit d'intérêts

68. L'octroi d'un financement dans le contexte d'un groupe soulève des questions en ce qui concerne d'éventuels préjugés et conflits d'intérêts qui n'existent pas dans le contexte d'un débiteur autonome. Un conflit d'intérêts pourrait surgir, par exemple, lorsqu'il s'agit de mettre en balance les intérêts du groupe dans son ensemble et ceux potentiellement différents du prêteur et du bénéficiaire du financement postérieur à l'ouverture. Un problème pourrait se poser en particulier lorsqu'un représentant unique ou le même représentant de l'insolvabilité est nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant plusieurs membres du groupe. Le représentant de l'insolvabilité du membre qui octroie le financement pourrait également être celui du membre bénéficiaire de ce financement et sera amené à évaluer les intérêts de chaque membre et ceux du groupe. Cette situation pourrait être traitée de différentes manières dans la loi sur l'insolvabilité, par exemple, en exigeant que le tribunal ou les créanciers approuvent le financement ou en nommant un ou plusieurs représentants supplémentaires pour protéger les intérêts des créanciers des différents membres du groupe (voir ci-après, par. 144). Ce ou ces représentants pourraient être nommés pendant la durée nécessaire pour résoudre ce conflit particulier ou dans un but plus général pendant la durée des procédures.

69. Une autre question qui se pose est de savoir si un membre insolvable du groupe, dans le cadre des arrangements de financement du groupe d'entreprises dans son ensemble, pourrait être tenu de fournir une sûreté personnelle en garantie du financement octroyé à un membre solvable du groupe. Étant donné que la fourniture d'une telle sûreté équivaldrait probablement à un acte de disposition des actifs du

membre insolvable, elle pourrait être visée par les recommandations traitant de cette question (voir recommandations 52 à 62).

e) Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture

70. La recommandation 64 prévoit qu'il est nécessaire d'établir la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture d'une procédure, à savoir que les personnes octroyant ce financement devraient être remboursées avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris ceux titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure. Elle s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises lorsque le financement est accordé à un membre du groupe par un prêteur externe. Dans ce cas, la priorité accordée reste un facteur important qui incite à octroyer un tel financement. En revanche, les éléments nécessaires pour inciter un membre du groupe à octroyer un financement à un autre membre soumis à une procédure d'insolvabilité sont peut-être légèrement différents.

71. L'intérêt du membre du groupe qui octroie le financement peut tenir davantage à l'issue de la procédure pour l'ensemble du groupe (y compris ce membre) qu'à des considérations commerciales de bénéfice ou de gains à court terme, en particulier lorsque les activités des membres du groupe sont étroitement intégrées ou interdépendantes. Dans ces conditions, il pourrait être nécessaire de s'interroger sur le fait de savoir si le rang de priorité accordé par la recommandation 64 serait approprié. On pourrait, d'une part, estimer que ce rang de priorité encourage l'octroi d'un financement et protège suffisamment les créanciers de celui qui octroie le financement, qu'il soit interne ou externe au groupe. On pourrait également, d'autre part, estimer que, l'opération intervenant entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles au sein d'un groupe, il est souhaitable d'accorder un rang de priorité inférieur pour protéger les intérêts des créanciers plus généralement et ménager un équilibre entre les intérêts des créanciers de celui qui octroie le financement et ceux du membre qui en bénéficie. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité accorde la priorité à ce prêt et spécifie le rang approprié.

f) Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture

72. Les recommandations 65 à 67 traitent des questions relatives à la constitution d'une sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure et seraient généralement applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut constituer une sûreté réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture qu'il a obtenu. Cette situation est clairement visée par les recommandations 65 à 67. Un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité peut également constituer une sûreté réelle du type envisagé dans la recommandation 65 en garantie du remboursement d'un financement octroyé à un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité. Dans ce dernier cas, le membre constitue la sûreté sur ses actifs non grevés, mais ne bénéficie pas directement du financement et réduit potentiellement les actifs disponibles pour ses créanciers. Il peut cependant retirer un bénéfice indirect lorsque l'octroi du financement aide à trouver une meilleure solution à l'insolvabilité du groupe dans son ensemble. Comme on l'a vu plus haut, en outre, tout détriment à court terme est compensé par le gain qu'obtiennent à long terme les

créanciers, y compris ses propres créanciers. Le membre qui bénéficie du financement retire un bénéfice direct, mais accroît son endettement au détriment potentiel de ses créanciers, même si ces derniers devraient également retirer un bénéfice à plus long terme.

73. Lorsqu'il est jugé souhaitable d'accorder à une sûreté réelle constituée pour garantir un nouveau financement un rang de priorité supérieur à celui d'une sûreté réelle existant sur le même actif, comme l'envisage la recommandation 66, les mesures de protection prévues par cette recommandation et par la recommandation 67 s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe.

g) Sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture

74. La constitution, par un membre du groupe, d'une sûreté personnelle en garantie du remboursement d'un nouveau financement en faveur d'un autre membre n'est pas une situation qui se produit dans le cas d'un débiteur autonome et n'est donc pas abordée ailleurs dans le *Guide*. Comme, cependant, les questions qui se posent sont comparables à celles examinées plus haut pour la constitution et l'obtention d'une sûreté réelle, il conviendra peut-être d'adopter la même approche en ce qui concerne les décisions que devront prendre les représentants de l'insolvabilité du membre qui consent la sûreté personnelle et de celui qui en bénéficie et la sollicitation éventuelle de l'autorisation du tribunal ou du consentement des créanciers.

Recommandations 211 à 216

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte des groupes d'entreprises est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement par des membres d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de leur entreprise ou pour préserver ou augmenter la valeur de leurs actifs;

b) De faciliter l'octroi d'un financement par des membres d'un groupe, y compris ceux soumis à une procédure d'insolvabilité;

c) D'assurer une protection appropriée à ceux qui octroient ou qui reçoivent un financement postérieurement à l'ouverture et aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence; et

d) De promouvoir l'objectif d'une répartition équitable, entre tous les membres concernés, du bénéfice et du préjudice associés à l'octroi d'un financement postérieurement à l'ouverture.

Contenu des dispositions législatives

Octroi d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité

211. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe d'entreprises soumis à une procédure d'insolvabilité:

a) D'avancer un financement postérieur à l'ouverture à d'autres membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité;

b) De constituer une sûreté réelle sur ses actifs en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité; et

c) D'offrir une sûreté personnelle ou toute autre garantie de remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture octroyé à un autre membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité.

212. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un financement postérieur à l'ouverture peut être octroyé conformément à la recommandation 211, lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui avance le financement, qui constitue la sûreté réelle ou qui offre la sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement:

a) Le juge nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de la masse de ce membre; et

b) Juge que tout préjudice causé aux créanciers de ce membre du groupe est [sera] compensé par le bénéfice à retirer de l'avance de ce financement, de la constitution de cette sûreté réelle ou de l'offre de cette sûreté personnelle ou autre garantie de remboursement.

213. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'avance d'un financement, la constitution d'une sûreté réelle ou l'offre d'une sûreté personnelle ou d'une autre garantie de remboursement conformément aux recommandations 211 et 212.

Obtention d'un financement postérieur à l'ouverture par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité auprès d'un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité

214. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, conformément à la recommandation 63, un financement postérieur à l'ouverture peut être obtenu d'un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité par un autre membre du groupe qui se trouve lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité lorsque le représentant de l'insolvabilité du membre qui reçoit le financement juge que celui-ci est nécessaire à la poursuite de l'exploitation ou à la survie de l'entreprise de ce membre ou à la préservation ou à l'augmentation de la valeur de sa masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'obtention de ce financement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture

215. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la priorité qui s'applique au financement postérieur à l'ouverture octroyé par un membre d'un groupe soumis à une procédure d'insolvabilité à un autre membre du groupe lui aussi soumis à une procédure d'insolvabilité.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture

216. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les recommandations 65, 66 et 67 s'appliquent à la constitution d'une sûreté réelle conformément à la recommandation 211 b).

4. Actions en annulation**a) Nature des opérations dans un groupe d'entreprises**

75. Les recommandations 87 à 99 relatives à l'annulation s'appliqueraient de manière générale aux opérations réalisées dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations en raison de la structure du groupe et des différentes relations que les membres du groupe peuvent avoir les uns avec les autres. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Ainsi qu'il est noté plus haut (deuxième partie, chap. II, par. 155), il faut mettre en balance, d'une part, ce coût lié à l'action en annulation et, d'autre part, les chances de récupérer des actifs et les avantages globaux qu'en retirera la masse dans chaque cas d'espèce. Certaines opérations qui pourraient sembler préférentielles ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe d'entreprises, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. Ces opérations, par exemple des contrats conclus pour l'établissement des prix de transfert³¹, peuvent être soumises à des conditions différentes des conditions commerciales habituelles qui régissent des contrats similaires conclus par des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles. De même, il se peut que certaines opérations légitimes réalisées au sein d'un groupe d'entreprises ne soient pas viables commercialement en dehors d'un groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

76. Les opérations intragroupe peuvent représenter des activités très diverses. Elles peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices d'un membre du groupe à un membre du groupe qui exerce le contrôle; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des sûretés personnelles entre membres du groupe; des paiements effectués par un membre du groupe à un créancier d'un autre membre avec lequel il entretient des liens privilégiés; ou une sûreté personnelle ou une hypothèque consentie par un membre du groupe pour un prêt accordé par un prêteur externe à un autre membre du groupe. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs disponibles au sein du groupe dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment transférer

³¹ Le prix de transfert est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

les liquidités de certains membres du groupe au membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des différents membres du groupe, certaines lois permettent aux administrateurs de membres détenus à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur du membre du groupe qui exerce le contrôle.

b) Critères d'annulation dans le contexte d'un groupe d'entreprises

77. Il faudra peut-être s'interroger, dans le cas d'un groupe, sur l'objectif des dispositions d'annulation. Celles-ci pourraient avoir pour but de protéger les opérations intragroupe dans l'intérêt du groupe tout entier, du fait qu'elles constituent des opérations réalisées dans le cours normal des affaires, ou de les soumettre à un examen particulier et à une annulation plus probable en raison des liens qui existent entre les auteurs des opérations en tant que membres du groupe et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre le débiteur et une personne ayant des liens privilégiés avec lui. La "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est définie de manière à englober les membres d'un groupe d'entreprises, tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel une procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur (glossaire, al. kk).

78. Dans certains cas, un régime plus strict peut se justifier par le fait que les personnes ayant des liens privilégiés entre elles ont plus de chances d'être favorisées et, parce qu'elles sont souvent les premières à savoir quand un membre du groupe est effectivement en difficulté financière, ont aussi plus de chances de tirer parti de la situation. Des actifs peuvent, par exemple, être transférés du membre en difficulté vers d'autres membres pour pouvoir continuer à être utilisés au sein du groupe et être soustraits à toute procédure d'insolvabilité. Il se peut aussi que les membres d'un groupe aient des actionnaires et des administrateurs communs qui contrôlent les opérations entre membres ou ont la possibilité de déterminer les décisions en matière de politiques opérationnelles et financières. Dans ces situations, les opérations intragroupe sont davantage susceptibles d'annulation que les opérations entre personnes qui n'entretiennent aucun lien privilégié entre elles. La simple existence du groupe d'entreprises, cependant, ne suffit pas toujours à justifier que toutes les opérations intragroupe soient traitées comme des opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles qui devraient être susceptibles d'annulation, comme il est noté plus haut (deuxième partie, chap. V, par. 48).

79. En conséquence, si certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87, d'autres, en revanche, n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et devront probablement faire l'objet d'un examen attentif qui permettra de déterminer quels en sont les avantages et les inconvénients effectifs. Ces opérations peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines ou les activités respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et les créanciers externes. Certaines opérations seront des opérations intragroupe parce qu'elles ne peuvent pas être réalisées différemment ou résultent de la manière dont

le groupe est structuré. Ainsi, dans certaines situations, il se peut que seul un financement intragroupe soit disponible, et il n'y aurait aucune raison de traiter une telle opération de manière plus stricte qu'une opération impliquant un prêteur externe. De même, comme il est noté plus haut, un groupe peut recourir à la centralisation de la trésorerie et à des transferts de liquidités, pratique qui ne se produirait pas si le groupe n'existait pas. Dans le cas des sûretés personnelles intragroupe décrites plus haut en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture, celui qui constitue la sûreté tirera probablement, non pas un bénéfice direct du financement octroyé, mais plutôt un bénéfice indirect, parce qu'il dépend peut-être du membre emprunteur dans le contexte des activités du groupe (par exemple en tant que fournisseur de pièces détachées dans une activité de fabrication ou en tant que fournisseur de propriété intellectuelle) ou pour d'autres raisons liées au groupe. Il sera souhaitable, lorsqu'on examine ces opérations intragroupe, que le tribunal puisse prendre l'existence du groupe en considération et examiner des facteurs comme ceux mentionnés plus haut.

80. Il se peut aussi que certaines opérations réalisées au sein d'un groupe ne soient pas visées par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient l'annulation des paiements préférentiels aux créanciers du débiteur, mais non aux créanciers d'un membre ayant des liens privilégiés avec lui, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en réalisation d'une sûreté personnelle. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité aborde ces questions dans le contexte des groupes et fasse des facteurs liés aux groupes des éléments à prendre en compte pour déterminer si une opération particulière entre membres d'un groupe serait susceptible d'annulation en vertu de la recommandation 87.

81. La recommandation 97 traite des éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération donnée et des moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation. Il conviendrait peut-être d'étudier comment ces éléments s'appliqueraient dans le contexte d'un groupe et si une approche différente s'impose. Une approche de la charge de la preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés entre elles pourrait consister, par exemple, à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Certaines lois, par exemple, ont établi que certaines opérations entre les membres d'un groupe et les actionnaires du groupe sont présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et peuvent en conséquence être annulées. Une approche différente consisterait à admettre, comme on l'a noté plus haut, que les opérations réalisées au sein d'un groupe, même si elles ne sont pas toujours commercialement viables lorsqu'elles s'effectuent hors du contexte du groupe, sont généralement légitimes, surtout lorsqu'elles s'inscrivent dans les limites du droit applicable et dans le cours normal des affaires des membres du groupe concernés. Ce type d'opération pourrait néanmoins être soumis à un examen particulier pour l'essentiel selon les mêmes modalités que celles préconisées par la recommandation 184 pour les créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, approche suivie par certaines lois qui permettent également que les droits des membres ayant des liens privilégiés avec des membres insolubles découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe soient subordonnés aux droits des créanciers externes de ces membres insolubles.

82. La recommandation 93 prévoit qu'un créancier ne peut engager une action en annulation qu'avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou l'autorisation du tribunal. Dans le contexte d'un groupe, il peut être souhaitable de suivre la même approche, même si cela peut s'avérer difficile dans la pratique. Le degré d'intégration du groupe peut rendre bien plus difficile la tâche des créanciers pour identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité et fournir ainsi les informations requises pour engager une action en annulation.

Recommandations 217 et 218

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation s'agissant des membres d'un groupe d'entreprises est de prévoir, en sus des considérations exposées dans les recommandations 87 à 99, que la loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir compte du fait que l'opération s'est déroulée dans le contexte d'un groupe d'entreprises et définir les circonstances qui peuvent être prises en considération par le tribunal.

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables

217. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine s'il faudrait annuler une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) effectuée entre des membres d'un groupe d'entreprises ou entre un membre d'un groupe d'entreprises et d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec lui, le tribunal peut tenir compte des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'opération. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: la relation entre les parties à l'opération; le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; le fait de savoir si l'opération a contribué aux activités du groupe dans son ensemble; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe ou à d'autres personnes ayant des liens privilégiés avec eux des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

Éléments d'annulation et moyens de défense

218. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment les éléments mentionnés à la recommandation 97 s'appliqueraient à l'annulation d'opérations dans le cadre d'un groupe d'entreprises³².

5. Déclassement

83. Il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. V, par. 56) que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire entre créanciers, par lequel un créancier accepte que sa créance soit

³² À savoir les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération, la charge de la preuve, les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation et l'application de présomptions spéciales.

primée par la créance de l'autre, ou d'une décision judiciaire motivée, par exemple, par le comportement impropre d'un créancier ou d'une partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur, auquel cas la créance pourrait passer après celles de tous les autres créanciers. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur, que l'on rencontre toutes deux dans le contexte des groupes d'entreprises.

a) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

84. Dans le contexte des groupes d'entreprises, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements intragroupe seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à une procédure d'insolvabilité.

85. Comme cela est expliqué ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" inclurait les membres d'un groupe d'entreprises. Le simple fait d'une relation spéciale avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe d'entreprises, l'appartenance au même groupe, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances d'un créancier, surtout parce qu'un tel traitement risque ensuite de désavantager les créanciers de ce dernier. Parfois, ces créances seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe d'entreprises.

86. Un certain nombre de situations dans lesquelles pourrait se justifier un traitement spécial des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par exemple, lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance) sont recensées dans la deuxième partie, chapitre V, paragraphe 48, et vaudraient généralement aussi dans le contexte d'un groupe d'entreprises. D'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre un membre contrôlant et un membre contrôlé du groupe, la participation du premier à la gestion du second; le fait de savoir si le membre contrôlant a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens des créanciers externes; ou le fait de savoir s'il s'est par ailleurs comporté de manière injuste, au détriment des créanciers et des actionnaires du membre contrôlé. Dans certaines lois, l'existence de ces situations pourrait entraîner le déclassement des créances du membre contrôlant après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires du membre contrôlé du groupe.

87. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que les dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en

permettant au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

88. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers, mais aussi à ses actionnaires et, en cas de redressement, à l'ensemble du groupe. L'adoption d'une politique consistant à déclasser ces créances peut aussi avoir pour effet de décourager les prêts intragroupe.

b) Traitement des participations au capital

89. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances des propriétaires et des actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur (voir plus haut, deuxième partie, chap. V, par. 76). S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

90. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes d'entreprises. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital, plutôt que comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio initial endettement/fonds propres était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

91. Le déclassement est examiné plus haut dans le contexte du traitement des créances et des priorités. Le *Guide* ne recommande toutefois pas que la loi sur l'insolvabilité prévoie le déclassement de certains types de créances, et note

simplement que les créances déclassées auraient un rang inférieur aux droits des créanciers chirographaires ordinaires (recommandation 189)³³.

D. Voies de droit

92. En raison de la nature des groupes d'entreprises et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe une toile complexe d'opérations financières intragroupe et que les créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, et non avec plusieurs membres séparément. Toute tentative de démêler les actifs et les passifs et d'identifier les créanciers de chaque membre du groupe exigera probablement un examen juridique complexe et coûteux. Quoi qu'il en soit, le principe de l'entité distincte voulant que chaque membre ne soit tenu qu'envers ses propres créanciers, il faudra peut-être, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus, dissocier l'actif et le passif de chacun.

93. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre sur lequel portent ces créances. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque des raisons précises conduisent à traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger au principe de l'entité distincte. À l'origine, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donnait, dans certains cas concernant des groupes, le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, peuvent notamment être les suivantes: étendre aux membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires, l'obligation de paiement des dettes externes; et ordonner une contribution ou encore la mise en commun ou le regroupement des patrimoines. Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquatement utilisées, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

94. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un membre du groupe de partager l'actif et le passif avec d'autres membres potentiellement moins solvables, les voies de droit qui dérogent au principe de l'entité distincte ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent permettre de "percer" ou de "lever" le "voile de la personnalité morale" et, partant, de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des voies de droit examinées ci-après, même si, dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

³³ Voir également le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

1. Extension de la responsabilité

95. L'extension de la responsabilité pour les dettes externes et, dans certains cas, pour les actes des membres du groupe faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité aux membres solvables et aux dirigeants concernés est, dans certaines lois, une voie de droit ouverte à chaque créancier au cas par cas qui dépend de la relation que ce créancier entretient avec le débiteur.

96. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles la responsabilité limitée des sociétés admet des exceptions et où un membre du groupe et les dirigeants concernés pourraient être tenus responsables des dettes et actes d'un autre membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche prescriptive en limitant strictement ces circonstances; d'autres adoptent une démarche plus ouverte en laissant aux tribunaux une large marge d'appréciation pour évaluer chaque cas d'espèce à partir de principes directeurs précis. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà du membre insolvable se justifie par la relation entre ce membre et les membres ayant des liens privilégiés avec lui en matière de participation et de contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement du membre ayant des liens privilégiés avec le membre soumis à une procédure d'insolvabilité vis-à-vis des créanciers de ce membre.

97. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité pourrait être étendue, les exemples tombent généralement dans les catégories suivantes. On notera, cependant, que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que, parfois, celles-ci se chevauchent:

a) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, notamment l'exploitation constamment à perte de ce membre dans l'intérêt du membre du groupe qui exerce le contrôle;

b) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'un membre du groupe ou l'accroissement frauduleux de son passif, ou conduite des affaires de ce membre dans l'intention de frauder les créanciers;

c) Exploitation d'un membre du groupe comme mandataire, fiduciaire ou partenaire de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle;

d) Conduite des affaires du groupe ou d'un membre du groupe d'une manière risquant de porter préjudice à certaines catégories de créanciers (par exemple, endettement envers les salariés d'un membre du groupe);

e) Fragmentation artificielle d'une entreprise unique en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant qu'entités juridiques distinctes, notamment le non-respect de la responsabilité limitée des membres du groupe ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou utilisation de la structure de groupe comme simple leurre ou façade, par exemple l'utilisation de la forme sociale pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

f) Capitalisation insuffisante d'une entité, de sorte qu'elle ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations. Cette sous-capitalisation peut exister lors de la création de l'entité ou résulter d'un épuisement du capital du fait

de remboursements aux actionnaires ou du fait que ces derniers touchent des montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

g) Fausse déclaration sur la nature réelle du groupe d'entreprises conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre du groupe;

h) Faute d'exécution, toute personne, y compris un membre du groupe, pouvant être tenue de réparer le préjudice ou le dommage subi par un autre membre du fait d'une fraude, du manquement à une obligation ou de toute autre faute d'exécution, par exemple tout acte causant un préjudice grave ou un dommage pour l'environnement;

i) Faute de gestion, les administrateurs, y compris les administrateurs de fait d'un membre du groupe, ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si ce membre peut normalement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois qu'il est devenu insolvable. Le fait de permettre ou d'ordonner à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

j) Non-respect de la réglementation, comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière d'une filiale ou d'un membre contrôlé du groupe.

98. Généralement, le simple fait qu'un membre du groupe contrôle ou domine un autre membre, ou toute autre forme d'intégration économique étroite au sein d'un groupe d'entreprises, n'est pas considéré comme une raison suffisante pour ignorer la personnalité juridique distincte de chaque membre et pour lever le masque de la personnalité morale.

99. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue au membre du groupe qui exerce le contrôle, les membres du conseil d'administration de ce membre (qui peuvent être décrits comme des administrateurs de fait) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Alors que les administrateurs d'un membre du groupe sont généralement redevables de certaines obligations envers ce dernier, ils devront peut-être concilier ces obligations avec les intérêts commerciaux et financiers généraux du groupe. Pour défendre ces intérêts généraux, par exemple, il faudra peut-être, dans certaines circonstances, sacrifier ceux de certains membres. Afin de déterminer si les administrateurs d'un membre du groupe qui exerce le contrôle seront personnellement responsables des dettes ou actes d'un membre contrôlé qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, on pourrait notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion du membre contrôlé; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion du membre insolvable; manquement ou non de la direction du membre du groupe qui exerce le contrôle à son obligation de vigilance et de diligence, ou abus ou non du pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion du membre contrôlé et son insolvabilité. Dans certains États, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que le membre du groupe qui exerce le contrôle était l'administrateur de fait.

100. Il existe également des lois en vertu desquelles le membre du groupe qui exerce le contrôle ou la société mère assument la responsabilité des dettes des membres contrôlés ou des filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers concernés sont des banques, ou par des mécanismes volontaires de garantie réciproque. Dans d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes d'entreprises, le membre principal du groupe peut être solidairement responsable envers les créanciers des membres intégrés, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'intégration.

2. Ordonnances de contribution

101. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser un montant déterminé pour payer tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité, en particulier s'il a agi de manière inappropriée envers les membres insolubles. Les actes en question pourraient être notamment les suivants: transfert des actifs d'un membre défaillant à un autre membre du groupe pour un prix insuffisant ou fait pour un membre de tirer parti des avantages fiscaux revenant au membre défaillant et réduction du montant qui sera remboursé aux créanciers du membre défaillant dans une procédure d'insolvabilité ultérieure. Le fait que de tels actes puissent être commis sans qu'il existe de voies de droit pour y remédier pourrait porter préjudice aux créanciers du membre insoluble et constituer une aubaine pour les actionnaires du membre solvable.

102. Bien que les ordonnances de contribution ne soient pas très courantes dans les lois sur l'insolvabilité, quelques États les ont adoptées ou envisagent de le faire en les limitant généralement aux procédures de liquidation. Toutefois, certaines des questions que ces ordonnances sont censées régler ne nécessitent pas forcément que des dispositions spécifiques soient incluses dans la loi sur l'insolvabilité, étant donné que d'autres lois peuvent déjà prévoir des voies de droit, comme celles concernant la responsabilité et la faute de gestion.

103. La difficulté la plus fréquente qui se pose au tribunal devant décider s'il doit ou non prononcer une ordonnance de contribution consiste à concilier les intérêts des actionnaires et des créanciers chirographaires du membre solvable et ceux des créanciers chirographaires du membre en liquidation, en particulier lorsque l'ordonnance risque de compromettre la solvabilité du premier. Les créanciers du membre solvable pourraient faire valoir qu'ils comptaient sur les actifs séparés de ce membre lorsqu'ils ont traité avec lui et qu'ils ne devraient pas se voir refuser le remboursement intégral de leurs créances en raison de la relation de ce membre avec d'autres membres du groupe ou de son comportement envers eux. La difficulté de concilier ces intérêts différents explique que le pouvoir d'ordonner une contribution ne soit pas souvent exercé. Les tribunaux ont également estimé qu'il ne conviendrait pas d'ordonner le versement d'une contribution intégrale si la solvabilité d'un membre non encore soumis à une procédure d'insolvabilité s'en trouvait menacée, mais qu'il serait possible d'ordonner le versement d'une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple le solde restant dû après exécution des obligations de bonne foi.

104. Dans les lois qui autorisent les ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance. Ces circonstances ont trait à la relation entre

le membre solvable et le membre soumis à une procédure d'insolvabilité et sont notamment les suivantes: la mesure dans laquelle le membre solvable a pris part à la gestion du membre insolvable; la conduite du membre solvable vis-à-vis des créanciers du membre insolvable, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les membres du groupe ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la procédure d'insolvabilité sont imputables aux actes du membre solvable; la conduite du membre solvable après l'ouverture de la procédure envers le membre insolvable, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers de ce membre, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat auquel le membre insolvable est partie; et tout autre élément que le tribunal juge approprié³⁴. Une telle ordonnance pourrait également être prononcée, par exemple, lorsque la filiale ou le membre contrôlé doivent assumer une lourde responsabilité pour des dommages corporels ou lorsque la société mère ou le membre qui exerce le contrôle ont permis à la filiale ou au membre contrôlé, alors qu'ils étaient insolvable, de poursuivre leur activité.

3. Regroupement des patrimoines

a) Introduction

105. Comme il est noté plus haut, lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des réclamants demeurant inchangés. Le regroupement des patrimoines, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique. Les actifs sont donc traités comme s'ils faisaient partie d'une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers des membres ainsi regroupés. Peu d'États disposent de lois autorisant les décisions de regroupement et, lorsque cette voie de droit existe, elle est soumise à des règles de preuve strictes et n'est pas fréquemment utilisée. Le souci principal est que le regroupement remet en cause le principe de l'identité juridique distincte de chaque membre du groupe, qui est souvent utilisé pour structurer un groupe d'entreprises de manière à répondre à diverses considérations commerciales, remplissant différents objectifs et ayant d'importantes conséquences, par exemple en termes de droit fiscal, de droit des sociétés et de règles de gouvernement d'entreprise. De nombreux avantages issus de la souplesse de cette structure pourraient être perdus si les tribunaux consentaient, d'une manière systématique, au regroupement des patrimoines.

106. Malgré l'absence de dispositions législatives expresses ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines peut être ordonné, les tribunaux de certains États ont directement contribué au développement de ces ordonnances et à la définition des circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Les circonstances qui justifieraient une décision de regroupement sont néanmoins

³⁴ New Zealand Companies Act 1993 (loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 1) a) et 272 1).

très limitées et ce moyen est notamment utilisé lorsque, en raison de l'intégration poussée des opérations et des activités des membres d'un groupe, par le biais d'une participation ou d'un contrôle, il serait très difficile, voire impossible, de démêler les actifs et les passifs des différents membres pour déterminer, par exemple, à qui appartient tel ou tel actif et qui sont les créanciers de chaque membre, sans y consacrer beaucoup de temps et de ressources et sans nuire en définitive à l'ensemble des créanciers.

107. Le regroupement est généralement examiné dans le contexte d'une liquidation et la législation qui l'autorise le fait uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les États dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle décision pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement serait également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées. Certains commentateurs estiment que le regroupement par consensus se produit fréquemment dans des affaires portant sur des groupes d'entreprises, et souvent dans des situations où les tribunaux donneraient généralement gain de cause aux créanciers qui s'y opposeraient si une demande formelle était présentée. Un regroupement serait aussi possible par le biais d'un plan de redressement. Certaines lois autorisent l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pourrait être appliquée si les créanciers l'approuvaient par vote.

108. Le regroupement pourrait se justifier par l'absence de réelle séparation entre les membres et le maintien de la structure de groupe uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses. Il se justifie également dans certains États lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe, de la conduite de leurs affaires et de leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que la propriété intellectuelle utilisée à la fois dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et dans le produit de ce processus.

109. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions de regroupement – et qui s'ajoutent à celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte – tiennent notamment à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un membre moins solvable du groupe, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent ou non sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Il se pourrait que certains créanciers aient compté sur les actifs distincts ou sur l'identité juridique distincte d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, et ils ne devraient donc pas se voir refuser un paiement intégral en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe dont ils n'avaient pas connaissance. Il se pourrait que d'autres créanciers aient compté sur les actifs du groupe dans son ensemble, et il serait injuste de limiter leur recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

110. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement ne permettra pas nécessairement à chacun des créanciers de recouvrer davantage, mais pourrait avoir plutôt pour effet de niveler les sommes

recouvrées par l'ensemble des créanciers, en augmentant le montant distribué à certains au détriment d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient pas leur revenir; d'inciter des créanciers opposants à recourir contre une décision de regroupement, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité offerte par les sûretés réelles ainsi que leur réalisation (si des créances intragroupe disparaissaient en raison d'un regroupement, les créanciers titulaires de sûretés réelles en garantie de ces créances perdraient leurs droits).

111. Le regroupement concernerait généralement les membres du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité, mais il pourrait, dans certains cas et lorsque certaines lois sur l'insolvabilité le permettent, s'étendre à un membre apparemment solvable. Il pourrait en être ainsi lorsque les affaires de ce membre sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait impossible de l'exclure du regroupement, lorsqu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement parce que des recherches plus poussées montrent qu'il était en réalité insolvable du fait de la confusion des actifs ou lorsque l'entité est fictive ou se livre à des pratiques frauduleuses. Si le membre solvable du groupe doit être inclus, la situation peut être particulièrement préoccupante pour ses créanciers, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers, ce qui serait toutefois difficile en cas de confusion des actifs ou de fraude.

b) Circonstances justifiant un regroupement

112. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les décisions de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit de mettre en balance ces différents éléments pour prendre une décision juste et équitable; aucun élément n'est nécessairement décisif à lui seul et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par les mêmes personnes; le niveau de difficulté pour isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties réciproques pour ces prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des membres eux-mêmes; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers.

113. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur un nombre limité d'entre eux et en particulier sur le fait de savoir si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées que la séparation des patrimoines ne ferait qu'entraîner une perte considérable de temps et d'argent ou si les membres d'un groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à des activités sans objet commercial légitime. Dans le premier cas, le degré d'imbrication requis est difficile à quantifier et a été défini de diverses manières par différents tribunaux, à savoir que les actifs sont irrémédiablement imbriqués ou pratiquement impossibles à démêler; qu'il serait excessivement long ou coûteux, par rapport au résultat obtenu, de démêler les relations entre les membres du groupe et de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif, ou que les actifs sont tellement imbriqués qu'ils compromettraient la réalisation d'actifs nets pour les créanciers; ou que la distribution de l'actif et du passif entre les membres concernés est essentiellement arbitraire et sans rapport avec la réalité économique. Dans les cas particuliers où le degré d'imbrication a été considéré comme justifiant un regroupement des patrimoines, les tribunaux ont tenu compte de divers facteurs, en particulier du fonctionnement des membres du groupe et de leurs relations entre eux, notamment en ce qui concerne la gestion et les finances; de la bonne tenue des comptes de chaque membre du groupe; du respect des procédures internes du groupe; des modes de transfert de fonds et d'actifs entre les divers membres; ainsi que d'autres facteurs similaires concernant les opérations du groupe.

114. Lorsque l'on parle de fraude ici, il ne s'agit pas de fraudes dans les opérations quotidiennes d'une société, mais plutôt de l'absence totale d'objet commercial légitime, qui peut avoir trait soit aux raisons pour lesquelles la société a été créée, soit, une fois créée, aux activités qu'elle mène (voir plus haut, par. 97 e)). On peut par exemple citer le cas du débiteur qui transfère pratiquement tous ses actifs à une entité nouvellement créée ou à des entités séparées qu'il détient, afin de préserver et de conserver ces actifs pour son propre bénéfice et ainsi gêner, retarder et frauder ses créanciers, la simulation³⁵ ou la vente pyramidale (chaîne de Ponzi³⁶) et d'autres pratiques frauduleuses similaires

c) Demande de regroupement des patrimoines

i) Personnes autorisées à présenter une demande

115. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir qui peut présenter une demande de regroupement des patrimoines et à quel moment. S'agissant de la première partie de la question, il semblerait approprié de suivre l'approche de la recommandation 14 concernant les parties autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Au sein d'un groupe, ces parties seraient un membre du groupe et un créancier de ce membre. Il conviendrait en outre d'autoriser le représentant de l'insolvabilité d'un membre à demander le regroupement car il arrive souvent que le ou les représentants nommés pour administrer les membres d'un groupe disposent des informations les plus complètes

³⁵ La simulation peut consister à créer des contrats qui n'expriment pas la véritable intention des parties et qui sont dépourvus d'effet entre elles ou dont les effets sont différents de ceux décrits dans leurs clauses, autrement dit des contrats fictifs.

³⁶ Opération d'investissement frauduleuse qui consiste à rémunérer des investisseurs distincts avec l'argent qu'ils ont investi ou l'argent des investisseurs suivants, et non avec des gains réels.

sur ces derniers et soient ainsi les plus à même d'apprécier l'opportunité ou l'intérêt d'un regroupement des patrimoines.

116. Bien que, dans certains États, le tribunal ait le pouvoir de décider de sa propre initiative d'ordonner le regroupement des patrimoines, la gravité des effets d'une telle décision impose de suivre une procédure juste et équitable et de donner la possibilité aux parties intéressées d'être entendues et de s'opposer à une telle décision, conformément aux recommandations 137 et 138. Il semble donc bon d'établir une distinction entre le regroupement des patrimoines et la coordination procédurale et de ne pas autoriser les tribunaux à décider d'un regroupement de leur propre initiative.

ii) Moment où présenter une demande

117. Étant donné que les facteurs justifiant le regroupement des patrimoines ne sont pas forcément toujours visibles ou certains au moment où la procédure d'insolvabilité est ouverte, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte une réponse souple à la question du moment où présenter une demande de regroupement en autorisant sa présentation en même temps qu'une demande d'ouverture de procédure ou à tout moment ultérieur. On notera, toutefois, que la possibilité de demander le regroupement après l'ouverture des procédures pourrait être limitée en réalité par l'état d'avancement de l'administration de ces procédures, en particulier, par exemple, s'agissant de l'exécution d'un plan de redressement. Il se peut que certaines questions centrales aient déjà été résolues, comme la vente ou la disposition des actifs ou la déclaration et l'admission des créances, ou que certaines décisions aient été prises et appliquées à l'égard de différents membres du groupe, ce qui crée des difficultés pratiques pour regrouper des procédures partiellement administrées. Dans ce cas, il est souhaitable que la décision tienne compte de l'état d'avancement des procédures, en regroupant les différentes procédures déjà engagées et préservant les droits existants. Il serait donc envisageable par exemple de traiter les créances déjà admises à l'encontre d'un membre comme créances admises sur la masse regroupée.

118. La même approche pourrait prévaloir pour étendre un regroupement existant à d'autres membres d'un groupe. Il peut devenir manifeste, à mesure que sont administrés divers membres du groupe, que d'autres membres devraient être inclus, parce que les motifs sur lesquels s'appuie la décision initiale se vérifient aussi pour ces membres. Si la décision de regroupement a été prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers ont eu la possibilité de s'opposer à une proposition de regroupement, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à celui qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après une distribution partielle aux créanciers, l'adoption d'une règle garantissant l'égalité entre créanciers pourrait être souhaitable. On pourrait ainsi éviter qu'un créancier ayant été partiellement désintéressé sur les actifs du seul membre du groupe ne reçoive paiement pour la même créance dans la procédure regroupée, si le montant payé aux autres créanciers de la même classe est proportionnellement inférieur à la distribution partielle qu'il a déjà obtenue.

d) Intérêts concurrents en cas de regroupement

119. Non seulement les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe, mais aussi ceux d'autres parties prenantes mériteraient d'être pris en considération dans le contexte d'un regroupement, notamment ceux des créanciers vis-à-vis des actionnaires; ceux des actionnaires des différents membres du groupe, en particulier ceux qui sont actionnaires de certains membres, mais non d'autres; et ceux des créanciers garantis et prioritaires des différents membres regroupés.

i) Propriétaires et actionnaires

120. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, les droits de ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de priorité régissant la répartition. Il en résulte souvent que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien (voir deuxième partie, chap. V, par. 76). Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué en cas de regroupement à l'ensemble des membres regroupés, tous les créanciers de ces membres pourraient être payés avant les actionnaires d'un de ces membres.

ii) Créanciers garantis

121. La position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité est examinée tout au long du *Guide législatif* (voir annexe I pour les renvois pertinents) et l'approche adoptée est qu'en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle valide devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée. Cette approche vaudra aussi pour le traitement des créanciers garantis dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Il est également reconnu qu'une loi sur l'insolvabilité peut néanmoins avoir une incidence sur les droits de ces créanciers si des considérations commerciales et économiques l'exigent, sous réserve des mesures de protection appropriées (voir deuxième partie, chap. II, par. 59).

122. On pourrait se demander, à propos du regroupement des patrimoines notamment: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une décision de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient faire valoir des droits sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont dans le même temps membres du groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. Les sûretés réelles qui grevent l'ensemble de la masse d'un débiteur se cristalliseraient généralement au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et la question de savoir si ces sûretés s'étendent aux actifs qui font l'objet du regroupement ne devrait pas se poser. Le fait de permettre l'extension d'une sûreté d'un créancier garanti à la suite de la décision de regrouper des patrimoines améliorerait la position de ce créancier au détriment d'autres

créanciers et constituerait un bénéfice ou un avantage injuste, ce qui n'est généralement pas souhaitable. Le même raisonnement pourrait s'appliquer aux créances salariales.

123. S'agissant du traitement des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, par exemple dans le cas où ils se seraient fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. La garantie ne pourrait pas être réalisée lorsque les membres concernés font l'objet d'un regroupement et qu'ils perdent leur identité distincte, le créancier garanti risquant alors d'être traité comme un créancier chirographaire, sauf si la loi lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers dans le cadre du regroupement. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter la décision de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs ou à exiger le consentement du créancier garanti concerné. Un créancier garanti pourrait renoncer à sa sûreté réelle à la suite du regroupement, la dette devenant payable par l'ensemble des entités regroupées.

124. Il faudrait peut-être aussi prendre en compte les intérêts des créanciers garantis internes. Dans certaines lois, les sûretés réelles internes pourraient s'éteindre, les créanciers se retrouvant avec une créance non garantie, ou ces créances pourraient être modifiées ou déclassées.

iii) *Créanciers prioritaires*

125. Des questions similaires se posent pour le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ces derniers pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales ou aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité distincte, leur traitement à l'échelle du groupe pourrait exiger un examen, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils pourraient entretenir du fait de leur rang de priorité à l'égard des actifs d'une entité unique. Lorsque les actifs sont si étroitement imbriqués qu'il n'est pas possible de savoir qui est propriétaire de tel ou tel actif, il peut être très difficile de quantifier les priorités et de déterminer les sommes qui pourraient être disponibles pour régler chaque créance prioritaire. De même, bien qu'il soit souhaitable que les priorités établies pour chaque débiteur autonome par la loi sur l'insolvabilité soient reconnues lorsque le débiteur est visé par le regroupement, il ne sera pas toujours possible de leur donner pleinement effet.

e) Notification aux créanciers

126. Une demande de regroupement des patrimoines peut être soumise aux mêmes conditions de notification qu'une demande d'ouverture de procédure³⁷. Lorsqu'elle est formée au même moment que la demande d'ouverture de procédure, seule la demande de regroupement des patrimoines émanant des créanciers devrait être notifiée aux débiteurs concernés, conformément à la recommandation 19. La demande formée par des membres d'un groupe en même temps que la demande d'ouverture ne devrait pas obligatoirement être notifiée aux créanciers, conformément aux recommandations 22 et 23, qui n'exigent pas la notification de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aux créanciers de l'entité concernée.

127. En raison de l'impact potentiel du regroupement des patrimoines sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être avisés de toute décision de regroupement prise au moment de l'ouverture et pouvoir faire appel, conformément à la recommandation 138. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement. Une solution possible serait, par exemple, d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers un paiement supérieur à celui que recevront les autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On pourrait aussi exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets avec droit de recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

128. Lorsque des créanciers forment une demande de regroupement après l'ouverture des procédures, il serait souhaitable que cette demande soit notifiée aux représentants de l'insolvabilité des entités à regrouper. La notification devrait se faire de manière efficace et rapide selon les modalités définies par le droit interne.

f) Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

129. La loi sur l'insolvabilité devrait déterminer les effets d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, qui pourraient notamment être les suivants: le traitement des actifs et des passifs des membres du groupe comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique; l'extinction des créances intragroupe; le traitement des créances à l'égard de chaque membre à regrouper comme créances sur la masse regroupée; la reconnaissance des priorités établies à l'encontre de chaque membre comme priorités sur la masse regroupée (dans la mesure du possible, compte tenu de la difficulté susmentionnée). Les créances intragroupe disparaîtraient généralement en cas de regroupement étant donné que la créance appartient et l'obligation de payer revient à la même masse de l'insolvabilité; elles s'annulent donc mutuellement.

Annulation d'opérations entre membres visés par le regroupement

130. Il sera difficile en pratique de demander l'annulation d'opérations conclues entre les membres dont les patrimoines ont été regroupés, car les actifs à recouvrer

³⁷ Voir, deuxième partie, chap. I, par. 64 à 71 et recommandations 19 a) et 22 à 25.

et la masse à partir de laquelle ils seraient recouverts sont considérés comme faisant partie de la même masse regroupée. En revanche, les opérations entre un membre visé par le regroupement et d'autres membres du groupe ou une partie externe seraient susceptibles d'annulation conformément aux règles normales d'annulation, y compris les règles sur le calcul de la période suspecte en cas de regroupement. Lorsque ces opérations peuvent être annulées et que des actifs ou de la valeur peuvent être recouverts, ce recouvrement bénéficierait à la masse regroupée.

Calcul de la période suspecte

131. Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité ou lorsque des membres du groupe sont ajoutés à un regroupement à des moments différents, le choix de la date à partir de laquelle serait calculée la période suspecte à des fins d'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 188 à 191 et recommandation 89) devra probablement être envisagé de manière à apporter une certaine sécurité aux prêteurs et aux autres tiers. La question peut gagner en importance à mesure que le laps de temps entre la demande d'ouverture, ou l'ouverture, de chaque procédure d'insolvabilité et la décision de regroupement des patrimoines s'allonge. Choisir la date de la décision de regroupement des patrimoines pour calculer la période suspecte aux fins d'annulation risquerait de poser des problèmes pour les opérations conclues entre la date de la demande d'ouverture, ou de l'ouverture, des procédures visant les différents membres du groupe et la date du regroupement. Une solution consisterait à calculer cette date en se fondant sur la recommandation 89. Elle risquerait d'aboutir à une date différente pour chaque membre visé par le regroupement et serait donc difficile à mettre en œuvre. Une autre solution serait de fixer une date commune en se référant à la date à laquelle une demande d'ouverture a été formée ou une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard des membres à regrouper, suivant ce qui intervient en premier. Dans l'un ou l'autre cas, il est souhaitable que la date soit spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité à des fins de transparence et de prévisibilité.

Redressement

132. En ce qui concerne l'effet du regroupement des patrimoines sur un redressement, la valeur de liquidation aux fins de la recommandation 152 b) serait la valeur de liquidation de la masse regroupée, et non la valeur de liquidation des différents membres avant regroupement des patrimoines. Une ordonnance de regroupement des patrimoines pourrait également avoir pour effet de réunir les créanciers pour voter un éventuel plan de redressement pour les membres du groupe visés par le regroupement. Lorsque les créanciers sont tenus de se réunir suite à une décision de regroupement des patrimoines, après l'ouverture des procédures, tous les créanciers des membres regroupés seraient autorisés à assister aux réunions.

Traitement des sûretés personnelles

133. Une décision de regroupement des patrimoines pourrait avoir différents effets sur les sûretés personnelles concernant des membres du groupe. Il se peut qu'un membre ait consenti une sûreté personnelle à un autre membre. Tous deux peuvent être visés par la décision de regroupement, mais il se peut aussi que le garant ne le soit pas. Dans la première situation, la garantie et toutes les créances s'y rattachant s'éteindraient en tant que créance intragroupe. La deuxième situation pourrait

relever des dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant les opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles (voir deuxième partie, chap. V, par. 48). Il se pourrait aussi qu'un garant externe ait consenti une sûreté personnelle à un membre du groupe visé par le regroupement. Sauf disposition expresse dans la loi sur l'insolvabilité, cette situation relèverait du droit interne, qui pourrait limiter la créance du garant lorsqu'il s'est exécuté au titre de la sûreté. Il se pourrait enfin qu'un membre du groupe ait consenti une sûreté personnelle à un prêteur externe en garantie d'un financement octroyé à un autre membre et que les deux membres soient regroupés. Comme il a été noté plus haut, lorsque la réalisation de la sûreté personnelle repose sur le principe de l'identité distincte des membres du groupe, le prêteur externe risque d'être considéré comme un créancier chirographaire sauf si la loi sur l'insolvabilité lui reconnaît une certaine priorité sur d'autres créanciers des membres regroupés.

g) Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

134. Bien qu'il ne soit pas toujours possible ou souhaitable de modifier une ordonnance de regroupement des patrimoines en raison des effets considérables que celle-ci produit, une modification de l'ordonnance initiale peut être souhaitable si les circonstances viennent à changer ou si de nouvelles informations deviennent disponibles. Une pareille modification ne devrait être possible que si elle ne modifie pas injustement les droits ou intérêts acquis découlant de l'ordonnance d'origine. Ces droits ou intérêts, qu'ils naissent d'une décision du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, peuvent avoir trait à la vente d'actifs ou à l'octroi d'un financement aux membres du groupe.

h) Exclusions d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

135. Certaines lois prévoient ce que l'on peut appeler une ordonnance de "regroupement partiel ou limité des patrimoines", c'est-à-dire une décision de regroupement des patrimoines qui exclut certains actifs ou certaines créances.

136. Ces exclusions seront généralement rares étant donné que la décision en faveur d'un regroupement des patrimoines est prise en cas d'imbrication des actifs ou de pratiques frauduleuses. Certains cas peuvent toutefois justifier des exclusions, par exemple lorsque le propriétaire de certains actifs peut être aisément identifié ou qu'une partie des activités des membres regroupés peuvent être séparées car elles ne participent pas de la fraude. Les créances se rattachant aux actifs exclus seraient elles aussi exclues. Le regroupement pourrait être limité aussi, par exemple, aux créanciers chirographaires, excluant ainsi les créanciers garantis externes, qui seraient libres de réaliser leurs sûretés réelles (à moins que celles-ci ne dépendent de l'identité distincte des membres du groupe à regrouper). Une autre possibilité est d'exclure certains actifs du regroupement si l'on risque, autrement, de léser injustement les créanciers, ce motif risquant toutefois de ne pas entrer en ligne de compte dans les cas d'imbrication des actifs ou de fraude.

i) Tribunal compétent

137. Les questions examinées ci-dessus à propos des demandes conjointes et de la coordination procédurale concerneraient aussi le tribunal compétent pour ordonner le regroupement des patrimoines (voir ci-dessus par. 17 à 19 et recommandation 209).

Recommandations 219 à 231**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant le regroupement des patrimoines est:

- a) De prévoir un cadre législatif pour le regroupement des patrimoines, tout en respectant le principe fondamental de l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises;
- b) De préciser les circonstances très limitées dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible pour assurer la transparence et la prévisibilité; et
- c) De préciser l'effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines, notamment le traitement des sûretés réelles.

Contenu des dispositions législatives*Principe de l'identité juridique distincte*

219. La loi sur l'insolvabilité devrait respecter l'identité juridique distincte de chaque membre d'un groupe d'entreprises. Les exceptions à ce principe général devraient être limitées aux motifs exposés dans la recommandation 220.

Circonstances dans lesquelles le regroupement des patrimoines serait possible

220. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, à la demande des personnes autorisées, conformément à la recommandation 223, à présenter une telle demande, le tribunal peut ordonner le regroupement des patrimoines de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises uniquement dans les circonstances limitées ci-après:

- a) Lorsqu'il a la conviction que les actifs ou les passifs respectifs des membres du groupe sont si étroitement imbriqués qu'il serait excessivement long ou coûteux de déterminer qui est propriétaire de tel ou tel actif et qui doit répondre de tel ou tel passif; ou
- b) Lorsqu'il a la conviction que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses ou à une activité sans objet commercial légitime et que le regroupement des patrimoines est essentiel pour corriger cette situation.

Exclusions du regroupement des patrimoines

221. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet le regroupement des patrimoines conformément à la recommandation 220, elle devrait autoriser le tribunal à exclure des actifs et des créances déterminés d'une ordonnance de regroupement et spécifier les conditions applicables à ces exclusions [les circonstances dans lesquelles ces exclusions pourraient être ordonnées].

*Demande de regroupement des patrimoines**– Moment où présenter une demande*

222. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une demande de regroupement des patrimoines peut être présentée en même temps qu'une demande d'ouverture

des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises, ou à tout moment ultérieur³⁸.

– *Personnes autorisées à présenter une demande*

223. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les personnes autorisées à demander le regroupement des patrimoines, à savoir notamment un membre d'un groupe d'entreprises, un créancier ou le représentant de l'insolvabilité de ce membre.

Effet d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

224. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines a les effets suivants³⁹:

a) Les actifs et les passifs des membres d'un groupe visés par un regroupement sont traités comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique;

b) Les créances et les dettes entre membres du groupe visés par l'ordonnance s'éteignent; et

c) Les créances à l'égard des membres du groupe visés par l'ordonnance sont traitées comme [si elles étaient] des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

Traitement des sûretés réelles en cas de regroupement des patrimoines

225. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les droits et priorités d'un créancier qui détient une sûreté réelle sur un actif d'un membre d'un groupe d'entreprises visé par une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient, dans la mesure du possible, être respectés en cas de regroupement des patrimoines, sauf:

a) Si le passif garanti est dû uniquement entre les membres du groupe et s'éteint du fait de l'ordonnance de regroupement des patrimoines;

b) S'il est établi que la sûreté réelle a été obtenue par une fraude à laquelle le créancier a pris part; ou

c) Si l'opération par laquelle a été constituée la sûreté réelle est susceptible d'annulation au titre des recommandations 87, 88 et 217.

Reconnaissance des priorités en cas de regroupement des patrimoines

226. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les priorités qu'elle a établies et qui sont applicables à chaque membre d'un groupe d'entreprises avant une ordonnance de regroupement des patrimoines devraient être reconnues, dans la mesure du possible, en cas de regroupement des patrimoines.

³⁸ La possibilité d'ordonner un regroupement des patrimoines à un stade avancé des procédures d'insolvabilité est examinée dans le commentaire, voir ci-dessus, par. 117 et 118.

³⁹ L'effet sur les sûretés réelles est traité dans la recommandation 225.

Assemblées de créanciers

227. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si elle exige la tenue d'une assemblée des créanciers après qu'un regroupement des patrimoines a été ordonné, les créanciers de l'ensemble des membres du groupe visés par le regroupement ont le droit d'y participer.

Calcul de la période suspecte en cas de regroupement des patrimoines

228. 1) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle devrait être calculée la période suspecte pour l'annulation des opérations du type mentionné dans la recommandation 87 lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné.

2) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné en même temps que l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement devrait être déterminée conformément à la recommandation 89.

3) Lorsque le regroupement des patrimoines est ordonné après l'ouverture des procédures d'insolvabilité, la date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement peut être:

a) Une date différente pour chacun des membres du groupe visés par le regroupement, à savoir soit la date de demande d'ouverture, soit la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de chacun de ces membres, conformément à la recommandation 89; ou

b) Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir la date la plus rapprochée parmi celles de demande d'ouverture ou d'ouverture des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Modification d'une ordonnance de regroupement des patrimoines

229. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une ordonnance de regroupement des patrimoines peut être modifiée à condition que la modification n'ait pas d'incidence sur les mesures ou décisions déjà prises en application de l'ordonnance⁴⁰.

Tribunal compétent

230. Aux fins de la recommandation 13, les mots "ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement" s'appliquent également à une demande ou une ordonnance de regroupement des patrimoines, ainsi qu'à la modification de cette ordonnance⁴¹.

⁴⁰ Le terme "modification" n'est pas censé englober la décision de lever une ordonnance de regroupement des patrimoines.

⁴¹ Les critères qui pourraient être pris en compte pour déterminer le tribunal compétent sont examinés dans le commentaire, voir ci-dessus par. 18.

Notification

231. La loi sur l'insolvabilité devrait établir des règles pour la notification des demandes et des ordonnances de regroupement des patrimoines, ainsi que de la modification de telles ordonnances, notamment en ce qui concerne [la portée de ces ordonnances]; les parties auxquelles la notification doit être adressée; la partie à laquelle incombe la notification; et le contenu de cette dernière.

E. Participants**1. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité**

138. La nomination et le rôle du représentant de l'insolvabilité sont examinés ci-dessus (voir deuxième partie, chap. III, par. 36 à 74). Les questions traitées, ainsi que les recommandations 115 à 125, s'appliqueraient généralement dans le contexte des groupes d'entreprises.

a) Coordination des procédures

139. Lorsque plusieurs procédures sont ouvertes à l'encontre des membres d'un groupe, une ordonnance de coordination procédurale peut être prise, ou ne pas l'être, mais, dans les deux cas, la coordination de ces procédures peut être facilitée si la loi sur l'insolvabilité inclut des dispositions spécifiques favorisant la coordination et indiquant la manière d'y parvenir, en se fondant sur l'article 27 de la Loi type. Cette approche pourrait être adoptée en matière de coordination entre les différents tribunaux chargés d'administrer les procédures pour différents membres d'un groupe et entre les différents représentants de l'insolvabilité nommés dans ces procédures, y compris ceux nommés à titre provisoire⁴². Les obligations d'un représentant de l'insolvabilité, plus précisément les recommandations 111, 116, 117 et 120, pourraient être élargies dans le contexte d'un groupe pour englober divers aspects de la coordination, notamment: le partage et la communication d'informations; l'approbation ou l'application des accords relatifs à la répartition des pouvoirs et des obligations entre les représentants de l'insolvabilité; la coopération pour l'utilisation et la disposition des actifs; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il ne soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); l'utilisation des pouvoirs d'annulation; l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture; la déclaration et l'admission des créances ainsi que la répartition des sommes entre créanciers. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter de la résolution rapide des conflits entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés.

140. Lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité sont nommés pour les différentes procédures concernant des membres d'un groupe, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'un d'eux à assumer un rôle prépondérant dans la coordination de ces procédures. Ce représentant pourrait être, par exemple, le représentant de la société mère ou du membre du groupe qui exerce le contrôle s'il est soumis à une telle procédure. Bien qu'un tel rôle puisse refléter la réalité économique ou la structure du groupe, l'égalité de tous les représentants de

⁴² Le glossaire explique que le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne également un représentant nommé à titre provisoire.

l'insolvabilité devrait être préservée au regard de la loi. La coordination sous la conduite d'un des représentants peut aussi se faire de manière volontaire, dans les limites de la loi applicable. Nonobstant ces arrangements en matière de coopération et de coordination, chaque représentant de l'insolvabilité resterait soumis aux obligations qui lui incombent en vertu de la loi de l'État où il a été nommé; ces arrangements ne peuvent servir à réduire ou supprimer ces obligations.

141. Dans certains États, il arrive que ce soient les tribunaux, et non les représentants de l'insolvabilité, qui possèdent l'autorité principale pour coordonner les procédures d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité en dispose ainsi, et que différents tribunaux administrent des procédures visant différents membres d'un groupe, il est souhaitable que les dispositions concernant la coordination des procédures s'appliquent aussi aux tribunaux et que ces derniers disposent de pouvoirs inspirés de l'article 27 de la Loi type.

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant

142. La coordination de multiples procédures pourrait également être facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant pour administrer les différents membres du groupe soumis à des procédures d'insolvabilité. En pratique, il pourrait être possible d'en nommer un pour administrer des procédures multiples, ou il pourrait être nécessaire de nommer le même pour chacune des procédures à coordonner, tout dépendant des règles de procédure et du nombre de tribunaux concernés. L'administration de chacun des membres du groupe resterait distincte (comme c'est le cas lorsqu'une coordination procédurale est ordonnée), mais une telle nomination permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et les retards et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. En ce qui concerne ce dernier point, il conviendrait d'être prudent quant à la manière dont les informations sont traitées et de veiller, en particulier, à respecter les règles de confidentialité pour chaque membre du groupe. Si de nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas la question de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique, il existe des États où ce type de nomination est devenue courante dans le contexte des groupes. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale, où des représentants de l'insolvabilité de la même entreprise internationale ont été nommés dans différents États⁴³.

143. Pour déterminer s'il convient de nommer un représentant unique ou le même représentant, il faut étudier la nature du groupe, notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que la personne pressentie à cette fonction ait l'expérience et les connaissances adéquates, comme il est noté plus haut (deuxième partie, chap. III, par. 39), expérience et connaissances qu'il faudra examiner de près avant la nomination pour s'assurer qu'elles sont appropriées aux membres du groupe concernés. Il est souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant pour administrer deux membres ou plus n'intervienne que si elle est dans l'intérêt des procédures.

⁴³ Voir Guide pratique de la CNUDCI, chap. III, par. 10 j).

144. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé pour administrer plusieurs membres d'un groupe qui entretiennent des relations financières et commerciales complexes et ont différents groupes de créanciers, la neutralité et l'indépendance risquent d'être compromises. Des conflits d'intérêts peuvent apparaître, notamment en relation avec les garanties réciproques, les créances et les dettes intragroupe, le financement postérieur à l'ouverture, la déclaration et la vérification des créances, ou les actes illicites commis par un membre envers un autre. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts potentiels ou existants contenue dans les recommandations 116 et 117 s'appliquerait dans le contexte d'un groupe. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal ou être soumis à une règle de pratique ou à une obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un ou de plusieurs autres représentants de l'insolvabilité pour administrer les entités en conflit. Cette nomination pourrait être liée au domaine spécifique du conflit et être circonscrite à la résolution de ce conflit, ou être plus générale et valoir pour la durée des procédures.

c) Débiteur non dessaisi

145. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet au débiteur de garder les rênes de son entreprise et qu'aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, il faudra peut-être prêter une attention particulière à la question de savoir comment les multiples procédures devraient être coordonnées et dans quelle mesure les obligations applicables au représentant de l'insolvabilité, y compris les obligations supplémentaires mentionnées ci-dessus, s'appliqueront à ce débiteur (voir deuxième partie, chap. III, par. 16 à 18). Si le débiteur non dessaisi remplit les fonctions de représentant de l'insolvabilité, il conviendrait peut-être également d'étudier la manière dont les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité permettant la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant ou permettant à l'un des multiples représentants de jouer un rôle prépondérant dans la coordination des procédures pourraient s'appliquer à ce débiteur.

Recommandations 232 à 236

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la nomination de représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises est:

- a) D'autoriser la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises; et
- b) D'encourager la coopération lorsque deux représentants de l'insolvabilité ou plus sont nommés, afin d'éviter les chevauchements; de faciliter la collecte des informations sur les affaires financières et commerciales de l'ensemble du groupe d'entreprises; et de réduire les coûts.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

232. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il est déterminé qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts de l'administration des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité peut être nommé pour administrer ces procédures⁴⁴.

Conflit d'intérêts

233. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui pourraient se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus

234. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que lorsque différents représentants de l'insolvabilité sont nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, ces représentants devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible⁴⁵.

Coopération entre deux représentants de l'insolvabilité ou plus en cas de coordination procédurale

235. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque plusieurs représentants ont été nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité faisant l'objet d'une coordination procédurale, ceux-ci devraient coopérer entre eux dans toute la mesure possible.

Coopération dont les représentants de l'insolvabilité devraient faire preuve dans toute la mesure possible

236. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dont devraient faire preuve les représentants de l'insolvabilité dans toute la mesure possible [devrait] [peut] être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;

⁴⁴ Bien que la recommandation 118 traite de la sélection et de la nomination du représentant de l'insolvabilité, elle ne recommande pas la nomination par une autorité particulière, mais s'en remet à la loi sur l'insolvabilité. La même approche s'appliquerait dans le contexte des groupes d'entreprises.

⁴⁵ Outre les dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à la coopération et à la coordination, le tribunal peut en général indiquer les mesures à prendre à cette fin pendant l'administration des procédures.

b) L'approbation ou l'application d'accords relatifs à la répartition des obligations entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant;

c) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe soumis aux procédures d'insolvabilité, notamment des opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; du financement postérieur à l'ouverture; de la protection des actifs; de l'utilisation et de la disposition d'actifs; de l'utilisation des pouvoirs d'annulation; [de la communication avec les créanciers et des assemblées de créanciers;] de la déclaration et de l'admission des créances, y compris les créances intragroupe; et de la répartition du produit de la disposition entre les créanciers; et

d) [La coordination de la proposition et de la négociation de plans de redressement] [La proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés].

F. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises

146. Les recommandations 139 à 159 traitent des questions spécifiques à l'élaboration, à la proposition, au contenu, à l'approbation et à l'exécution d'un plan de redressement. D'une manière générale, ces recommandations seront applicables dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

1. Plans de redressement coordonnés

147. Lorsque des procédures de redressement sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises, que celles-ci doivent ou non être soumises à une coordination procédurale, une question qui n'est pas abordée ailleurs dans le *Guide législatif* est celle de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan de redressement unique visant plusieurs membres ou à des plans coordonnés essentiellement analogues pour chaque membre. De tels plans permettraient de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Bien que plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique, dans certaines lois cette approche est uniquement possible lorsque les procédures font l'objet d'une coordination procédurale ou donnent lieu à un regroupement des patrimoines, alors que dans d'autres elle ne serait généralement possible que lorsque les procédures pourraient être coordonnées de façon volontaire.

148. Dans la pratique, l'idée d'un plan de redressement unique ou de plans coordonnés nécessiterait l'élaboration et l'approbation du même plan, ou d'un plan similaire, dans chacune des procédures concernant les membres couverts par le plan. Le plan serait approuvé pour chaque membre, les créanciers de chaque membre votant conformément aux règles applicables à un plan pour un débiteur unique; il ne serait pas souhaitable d'envisager une approbation à l'échelle du groupe et de permettre à la majorité des créanciers de la majorité des membres d'imposer un plan pour l'ensemble des membres. Le processus de préparation du plan et de sollicitation de l'approbation devrait tenir compte de la nécessité, pour tous les membres du groupe, d'approuver ce plan et devrait en conséquence traiter des

avantages qui pourraient être tirés d'une telle approbation et des informations nécessaires pour obtenir cette approbation. Ces questions relèveraient des recommandations 143 et 144 concernant le contenu du plan et de la note d'information jointe à ce dernier. Des informations supplémentaires pourraient être utilement fournies dans le contexte d'un groupe, notamment sur les opérations du groupe, les liens qui existent entre les membres du groupe, la position, au sein du groupe, de chaque membre visé par le plan et le fonctionnement du groupe en tant que tel.

149. Un ou de tels plans de redressement devraient prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et il pourrait être souhaitable dans certaines circonstances de prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, il serait également souhaitable de trouver un juste équilibre entre les droits des différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre qu'entre les créanciers de différents membres du groupe. Il faudrait également examiner le classement des créances et les catégories de créanciers, ainsi que le vote des créanciers et l'approbation d'un plan, plus particulièrement lorsque les membres du groupe sont créanciers les uns des autres et sont, par conséquent, des "personnes ayant des liens privilégiés entre elles". Pour calculer les majorités applicables dans le contexte d'un groupe, il faudra peut-être examiner la manière de comptabiliser, aux fins du vote, les créanciers qui sont titulaires d'une même créance à l'encontre de différents membres du groupe, en particulier lorsque ces créances ont des rangs de priorité différents. Il faudra peut-être examiner également la question de savoir si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres pourrait empêcher l'approbation du plan à l'échelle du groupe et quelles en seraient les conséquences. Une solution consisterait à s'appuyer sur les dispositions applicables à l'approbation d'un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l'approbation dans le contexte d'un groupe. Des mesures de protection similaires à celles prévues dans la recommandation 152 pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que les plans soient équitables entre les créanciers des différents membres du groupe.

150. Dans le cadre d'un groupe, on entend par "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" notamment une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur ou une société mère, une filiale ou une société apparentée du débiteur (voir glossaire, kk)). Le vote de ces personnes pour l'approbation du plan est examiné plus haut (voir deuxième partie, chap. IV, par. 46) et il est noté que, même si certaines lois sur l'insolvabilité restreignent leur capacité de voter de différentes manières, la plupart d'entre elles ne traitent pas spécifiquement de la question. On notera que lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de telles restrictions, celles-ci pourront poser des problèmes dans certains groupes si tous les créanciers d'un membre particulier ont des liens privilégiés avec lui ou si très peu d'entre eux n'entretiennent pas de tels liens avec lui.

151. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d'approbation d'un tel plan, comme le fait la recommandation 158. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolubles du groupe. Lorsque des membres solvables ont participé au plan par consentement, il faudra

peut-être prévoir des dispositions spéciales pour éviter que des avantages ou des inconvénients indus ne découlent de la liquidation.

2. Inclusion d'un membre solvable d'un groupe dans un plan de redressement

152. Les paragraphes 11 à 15 ci-dessus examinent la possibilité d'inclure un membre solvable d'un groupe dans une demande d'ouverture de procédure. Il est noté qu'un membre apparemment solvable peut, après des recherches plus poussées, satisfaire au critère d'ouverture de l'insolvabilité imminente et être, par conséquent, visé par la recommandation 15 aux fins d'ouverture. Une telle situation n'est pas inhabituelle dans un groupe d'entreprises où l'insolvabilité de certains membres mène presque inévitablement à l'insolvabilité d'autres membres. Si l'insolvabilité n'est pas imminente, en revanche, la loi sur l'insolvabilité n'autorisera pas un membre solvable d'un groupe à participer à un plan de redressement pour d'autres membres du même groupe soumis à des procédures. Il pourra cependant exister des circonstances dans lesquelles des niveaux différents de participation d'un membre solvable à un plan de redressement pourraient être appropriés et envisageables, sur la base du volontariat. Une telle participation de membres solvables n'est en fait pas inhabituelle dans la pratique. Le membre solvable pourrait donc aider au redressement d'autres membres du groupe et serait contractuellement lié par le plan une fois approuvé ou, au besoin, homologué. La décision d'un membre solvable de participer à un plan de redressement serait une décision commerciale ordinaire de ce membre, et le consentement des créanciers ne serait pas nécessaire à moins d'être exigé par le droit des sociétés applicable. S'agissant de la note d'information jointe à un plan englobant un membre solvable d'un groupe, il conviendrait d'être prudent quant à la divulgation d'informations sur ce membre et ses affaires.

Recommandations 237 et 238

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les plans de redressement dans le contexte d'un groupe d'entreprises est:

a) De faciliter le redressement coordonné des entreprises des membres d'un groupe soumis à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements; et

b) De faciliter la négociation et la proposition de plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

Contenu des dispositions législatives

Plan de redressement

237. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de proposer des plans de redressement coordonnés dans les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises.

238. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe non visé par une procédure d'insolvabilité peut volontairement participer à un plan de redressement proposé pour deux membres ou plus visés par des procédures d'insolvabilité.

A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 (Original: anglais)

**Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises
en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V
(Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales	1-54
A. Introduction	1-6
B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises	7-13
C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux	14-40
D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité . .	41-47
E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale.	48-54

III. Insolvabilité de groupes d'entreprises: questions internationales

A. Introduction

1. L'introduction du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Guide pratique¹) note que, bien que le nombre d'affaires d'insolvabilité internationale ait considérablement augmenté depuis les années 1990, l'adoption de régimes juridiques, internes ou internationaux, permettant de traiter ces affaires n'a pas progressé au même rythme. L'absence de régimes adaptés a souvent conduit à des approches inadéquates et non coordonnées dont l'application est imprévisible et qui ont empêché non seulement le sauvetage d'entreprises en difficulté financière et l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, mais également la protection et la maximisation de la valeur des actifs du débiteur insolvable. De plus, les disparités et, dans certains cas, les conflits entre lois nationales ont inutilement entravé la réalisation des objectifs économiques et sociaux fondamentaux des procédures d'insolvabilité. La transparence a souvent fait défaut, en l'absence de règle claire sur la reconnaissance des droits et des priorités des créanciers existants, le traitement des créanciers étrangers et la loi applicable aux questions internationales. Si nombre de ces carences sont également manifestes dans les régimes

¹ Adopté par la Commission le 1^{er} juillet 2009.

d'insolvabilité interne, elles risquent d'avoir un impact plus important dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment en cas de redressement.

2. À l'inadéquation des lois existantes s'ajoute l'absence de prévisibilité concernant non seulement la façon dont celles-ci seront appliquées, mais aussi les dépenses et le temps que pourrait exiger une telle application, d'où un surcroît d'incertitude qui risque de se répercuter sur les flux de capitaux et les investissements internationaux. L'acceptation des différents types de procédures de même que l'interprétation des concepts clefs et le traitement accordé aux parties concernées par une procédure d'insolvabilité diffèrent. Les procédures de redressement ou de sauvetage, par exemple, sont plus courantes dans certains pays que dans d'autres. La participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité, ainsi que le traitement qui leur est accordé dans le cadre de cette procédure, varient considérablement. Différents pays reconnaissent également différents types de procédures avec des effets différents. Par exemple, s'agissant du redressement, la loi d'un État envisagera la possibilité pour un débiteur non dessaisi de continuer à gérer son entreprise, tandis que la loi d'un autre État, dans lequel ce débiteur fait également l'objet d'une procédure, prévoira l'éviction des dirigeants en place ou la liquidation de l'entreprise. De nombreuses lois nationales sur l'insolvabilité prétendent appliquer, à leurs propres procédures, le principe de l'universalité aux fins d'une procédure unifiée dans laquelle les décisions de justice produiraient leurs effets sur les actifs situés à l'étranger. Dans le même temps, ces lois ne reconnaissent pas le principe d'universalité auquel les procédures d'insolvabilité étrangères se disent soumises. Aux différences entre les concepts fondamentaux et dans le traitement des participants vient s'ajouter le fait que certaines conséquences de la procédure d'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites contre le débiteur ou ses actifs, considéré comme un élément essentiel dans de nombreuses lois, sont sans effet au niveau international.

3. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes d'entreprises. Lorsque la Chambre des Lords du Royaume-Uni a examiné si ce dernier devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité, la commission a noté que la Convention ne traitait pas les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprise. Lorsque la Convention est devenue le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE), la question n'y était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) a été débattu, on a jugé que celui-ci irait trop loin en parlant des groupes.

4. De nombreuses affaires illustrent le problème essentiel que posent les groupes dans le contexte international. Lorsque des activités sont menées par les membres d'un groupe de manière intégrée dans plusieurs États, comme dans le cas de groupes de communications tels que KPNQwest² ou Nortel Networks Corporation, de

² KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait et exploitait un réseau de câbles en fibre optique en Europe et vers les États-Unis. Les principaux réseaux étaient constitués d'anneaux de fibres optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était la propriété d'une filiale française; la partie allemande d'une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, nombre des filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient constituées. Personne n'a été capable de

groupes de fabricants tels que Federal-Mogul Global Inc., ou de sociétés de services financiers telles que Lehman Brothers Holdings Inc., il est probable que des faillites multiples entraînent l'ouverture d'un certain nombre, parfois même d'un très grand nombre, de procédures d'insolvabilité distinctes dans différents États à l'encontre de chacun des membres insolubles du groupe. À moins que ces procédures puissent être coordonnées, il est peu probable que le groupe puisse être redressé dans son ensemble et il faudra peut-être dissocier les différentes parties qui le constituent. Les relations entre les membres qui déterminent la manière dont le groupe est structuré et dont il fonctionne lorsqu'il est solvable sont généralement rompues en cas d'insolvabilité. Il est souvent difficile de concilier, d'une part, l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte, avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et, d'autre part, la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité concernant un groupe ou une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait de maximiser la valeur au profit de tous les créanciers. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991³ met en évidence les problèmes rencontrés lors de l'administration de nombreuses procédures parallèles et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. Certaines de ces solutions sont examinées dans le Guide pratique, mais il reste à mettre au point un régime législatif qui traite l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

5. Il a longuement été débattu, ces derniers temps, des éléments qui pourraient constituer la base d'un régime juridique de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises. Il a notamment été proposé d'adapter la notion de "centre des intérêts principaux" telle qu'elle s'applique à un débiteur autonome pour l'appliquer à un groupe d'entreprises, afin de permettre l'ouverture et l'administration de toutes les procédures visant les membres d'un groupe dans un centre unique auprès d'un seul tribunal et selon une seule loi applicable. Une autre solution proposée était de désigner, pour le groupe, un centre de coordination qui pourrait être déterminé en fonction du lieu de situation du membre exerçant le contrôle ou d'autoriser les membres du groupe à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État où la procédure d'insolvabilité de la société mère insolvable a été ouverte⁴.

6. Ces propositions soulèvent des questions importantes et complexes. Certaines sont liées à la nature même des groupes d'entreprises multinationaux et à leur mode de fonctionnement – comment définir ce qui constitue un groupe d'entreprises à des fins d'insolvabilité et identifier les facteurs qui seraient appropriés pour déterminer le lieu où se trouve le centre d'un groupe, à supposer que chaque groupe n'ait qu'un seul centre – ainsi qu'à la compétence à l'égard des membres du groupe, au droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à la loi applicable. D'autres

coordonner les procédures, et celles-ci ont en fait été fragmentées.

³ Maxwell Communication Corporation plc: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992), et The High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991) (Angleterre).

⁴ Ces questions sont examinées plus avant dans les documents de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), voir A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, par 3 à 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, par. 3 à 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, par. 2 à 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, par. 6 à 12.

sont liées à la difficulté d'obtenir, à l'échelle internationale, un accord général sur ces questions afin de trouver une solution si possible contraignante, appliquée largement et uniformément, et apportant sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises.

B. Promouvoir la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises

1. Introduction

7. Pour trouver une solution à la question de savoir comment faciliter le traitement global des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, il faudrait dans un premier temps s'assurer que les principes existant en matière de coopération internationale s'appliquent aux procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises. La coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux peut contribuer à faciliter la prévisibilité commerciale et à accroître la sécurité juridique pour les échanges et le commerce, ainsi qu'à assurer une administration équitable et efficace des procédures qui protège les intérêts des parties, accroisse la valeur des actifs des membres du groupe afin de préserver les emplois et réduise les coûts. Même si, pour certains groupes d'entreprises, des procédures d'insolvabilité distinctes sont possibles en raison du faible degré d'intégration et de la relative indépendance des membres, pour de nombreux groupes, la coopération peut être le seul moyen de réduire le risque de fragmentation des procédures d'insolvabilité qui pourrait détruire la valeur d'exploitation et aboutir à un cantonnement des actifs, ainsi qu'à un transfert des actifs ou à une recherche abusive du for le plus avantageux par les débiteurs.

8. L'absence de cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée de la législation existante, autorisant la coopération avec les tribunaux et représentants de l'insolvabilité étrangers limitent très souvent la coopération entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité de différents États dans les affaires d'insolvabilité internationale. La Loi type prévoit ce cadre législatif, en traitant les questions d'accès aux tribunaux étrangers et de reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère et en autorisant la coopération et la communication internationales entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité.

9. Toutefois, du fait que les dispositions de la Loi type visent essentiellement les débiteurs autonomes, même s'ils ont des actifs dans différents États, elles ne s'appliquent que de manière limitée aux groupes d'entreprises lorsqu'il y a plusieurs débiteurs dans différents États. Les procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises se distinguent essentiellement par le fait que le tribunal d'un État n'a pas nécessairement affaire au même débiteur que le tribunal d'un autre État (même s'il peut y avoir un débiteur commun lorsque différents membres du groupe ont des actifs dans différents États, situation qui est prévue dans la Loi type). Le lien entre les procédures parallèles n'est pas le débiteur commun, mais plutôt le fait que les débiteurs sont tous membres du même groupe d'entreprises. Si l'existence (et peut-être l'étendue) de ce groupe n'est pas ou ne peut pas être reconnue par le droit national, chaque procédure sera considérée comme indépendante des autres

procédures, et une coopération ne semblera pas justifiée, car elle pourrait compromettre l'indépendance des tribunaux locaux ou être jugée inutile du fait que chaque procédure est essentiellement nationale. Il sera possible, dans certains cas, de traiter chaque membre du groupe de manière complètement séparée, mais pour de nombreux groupes d'entreprises, une solution plus générale et si possible globale, qui tienne compte de la manière dont le groupe réalisait ses opérations avant le début de l'insolvabilité et qui vise soit des unités distinctes, soit l'ensemble du groupe, en particulier lorsque les activités des membres sont étroitement intégrées, permettrait d'obtenir le meilleur résultat pour chaque membre.

10. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse l'existence des groupes d'entreprises et la nécessité, en matière de coopération internationale, d'une coopération entre tribunaux et entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, non seulement dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant un débiteur commun, mais aussi dans les procédures visant différents membres d'un groupe.

2. Accès aux tribunaux et reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère

11. Les règles et pratiques en vigueur en matière d'assistance et de coopération internationales pour les questions d'insolvabilité sont assez différentes, y compris les règles relatives à l'accès aux tribunaux et à la reconnaissance de la procédure étrangère. Dans de nombreux États, l'assistance et la coopération sont soumises à une forme de reconnaissance préalable de la procédure étrangère. Pour obtenir cette reconnaissance, ceux qui demandent l'assistance et la coopération, qu'il s'agisse du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers, doivent généralement avoir capacité pour former une demande auprès du tribunal étranger. Cette demande pourrait avoir trait à une assistance concernant un arrêt des poursuites, l'audition des témoins et d'autres questions prévues aux articles 20 et 21 de la Loi type. Les travaux préparatoires de la Loi type ont mis en relief l'absence fréquente de lois internes traitant ces questions et les différentes approches suivies dans les lois qui avaient été adoptées. Pour parvenir à une approche uniforme, la Loi type fournit le cadre législatif pour l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de la procédure étrangère en établissant des conditions appropriées pour un accès rapide et direct aux tribunaux (chap. II, art. 9 à 14), des critères permettant de déterminer si une procédure étrangère peut être reconnue ou non et les effets de la reconnaissance (chap. III, art. 15 à 24). Bien que la Loi type ait une application limitée dans le contexte des groupes d'entreprises, il est souhaitable que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures étrangères qu'elle prévoit pour les débiteurs autonomes soient élargis aux procédures d'insolvabilité visant des membres d'un même groupe d'entreprises.

12. Il convient de noter que la coopération entre un tribunal et un tribunal étranger ou des représentants étrangers telle qu'elle est envisagée dans la Loi type n'est pas subordonnée à une décision formelle de reconnaissance de la procédure étrangère, ce qui encourage la coopération dès le tout début de la procédure⁵.

13. Dans les États où l'accès et la reconnaissance ne sont pas exigés pour faciliter la coopération, une nouvelle législation n'est peut-être pas nécessaire. Toutefois,

⁵ Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par. 177.

l'existence de dispositions n'exigeant ni accès ni reconnaissance ne suffira peut-être pas, si les mécanismes en place sont lourds, coûteux et longs à mettre en œuvre. Ce n'est que lorsque l'accès et la reconnaissance peuvent être demandés facilement et rapidement qu'une coopération efficace dans le cadre de l'administration des procédures concernant des groupes multinationaux est possible.

Recommandation 239

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions concernant l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises est de faire en sorte que l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de ces procédures puissent être demandés conformément à la loi applicable, lorsque ceux-ci sont des conditions préalables à la coopération entre les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les créanciers.]

Contenu des dispositions législatives

Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, dans le contexte des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises,

- a) Un accès aux tribunaux pour les représentants et les créanciers étrangers; et
- b) La reconnaissance des procédures étrangères, si elle est nécessaire en vertu de la loi applicable.

C. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux

14. Il peut exister différentes formes de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale, notamment, comme le propose l'article 27 de la Loi type, la communication entre tribunaux, entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité et entre représentants de l'insolvabilité, ainsi que l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, la coordination des audiences et la coordination de la surveillance et de l'administration des affaires du débiteur. Dans le cas d'un débiteur autonome, la coopération est autorisée par les articles 25 et 26 de la Loi type. L'article 25 autorise le tribunal à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers et l'article 26 autorise un représentant de l'insolvabilité, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, à coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux et les représentants étrangers. La question de la coopération est également traitée, au sein de l'Union européenne, par le Règlement CE relatif aux procédures d'insolvabilité. Le considérant 20 note que, dans les procédures principales et les procédures secondaires, les différents syndic doivent coopérer étroitement, notamment au moyen d'un échange d'informations suffisant. Le syndic de la procédure principale devrait avoir la possibilité d'influer sur les procédures non principales et pouvoir proposer un plan de redressement ou demander la suspension de la liquidation de la masse dans ces procédures secondaires. L'article 31 du Règlement dispose que le syndic de la procédure principale et les syndic des procédures non principales sont

tenus d'un devoir d'information réciproque et qu'ils doivent, en particulier, communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à l'autre procédure, notamment sur l'état de la production et de la vérification des créances et sur les mesures visant à mettre fin à la procédure. Ni la Loi type, ni le Règlement CE n'abordent la nécessité de coopérer dans le cas des groupes d'entreprises, où ces obligations doivent pouvoir s'appliquer plus largement et où la distinction entre procédure principale et procédures non principales n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas de procédures multiples concernant un membre particulier du groupe.

1. Communications des tribunaux

a) Considérations générales

15. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type⁶ et le Guide pratique de la CNUDCI⁷ indiquent tous deux qu'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationale à communiquer directement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers pour éviter le recours aux procédures traditionnelles et longues que sont les commissions rogatoires ou d'autres moyens diplomatiques ou consulaires et la communication par le biais d'une juridiction supérieure. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite pour éviter d'éventuels conflits ou préserver la valeur ou lorsque les questions à examiner ne peuvent pas attendre. Les tribunaux devraient notamment pouvoir engager une communication, en demandant des renseignements ou une assistance à un tribunal ou à un représentant de l'insolvabilité étranger, et recevoir et traiter de telles demandes provenant de l'étranger. Il est souhaitable que la communication ne dépende pas de la reconnaissance formelle de la procédure étrangère de façon à ce qu'elle puisse avoir lieu avant, ou indépendamment du fait, qu'une demande de reconnaissance soit faite.

16. Les différentes approches retenues à l'égard de la communication entre les tribunaux et les parties permettent d'illustrer certains des problèmes qui risquent de se poser lorsqu'on cherche à promouvoir la coopération internationale. Outre la question de savoir s'ils sont ou non expressément autorisés à communiquer entre eux, très souvent, les tribunaux de différents États hésitent ou ne sont guère disposés à communiquer directement. Cette hésitation ou réticence peut avoir plusieurs causes: des considérations éthiques, la culture juridique, la langue ou une connaissance insuffisante des lois étrangères et de leur application. Elle peut également être liée à des inquiétudes quant aux incidences de la communication sur l'indépendance de la justice et l'impartialité de la prise de décisions. Certains États ont une approche relativement souple de la communication entre juges, alors que d'autres ne les autorisent pas à communiquer directement avec les parties ou les représentants de l'insolvabilité, ni même avec d'autres juges, du fait qu'une telle communication pourrait poser des problèmes constitutionnels. Si, dans certains États, les communications *ex parte* avec le juge sont jugées normales et nécessaires, dans d'autres, elles ne sont pas acceptables. À l'intérieur d'un même État, les juges et les praticiens du droit peuvent avoir des avis très différents sur le point de savoir s'il est opportun que les juges nouent des contacts entre eux sans que les conseils

⁶ Id., par. 178 et 179.

⁷ Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 4 à 10 et chap. III, par. 146 à 181.

des parties en aient connaissance ou y soient associés. Certains juges, par exemple, acceptent sans difficulté l'idée d'avoir entre eux des contacts directs, alors que certains praticiens du droit désapprouvent vivement cette pratique. En général, les tribunaux concentrent leur attention sur les questions dont ils sont saisis, comme cela est indiqué plus haut, et peuvent être réticents à apporter une aide à des procédures connexes dans d'autres États, en particulier lorsque la procédure dont ils ont la charge ne semble pas comporter un élément international, à savoir un débiteur étranger, des créanciers étrangers ou des activités menées à l'étranger.

17. Une autre question importante, pour ce qui est de faciliter la coopération entre des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe, pourrait être la capacité ou la volonté des tribunaux de considérer les opérations d'un débiteur d'une manière globale et de tenir compte de l'évolution des procédures d'insolvabilité visant le même débiteur ou d'autres membres du même groupe dans d'autres États. Cette question peut revêtir une importance particulière lorsque les procédures étrangères peuvent avoir des incidences au plan national (par exemple, pour les salariés locaux et sur d'autres questions de politique sociale). Bien que sans effet sur les pouvoirs donnés au tribunal par le droit interne, la connaissance de l'existence des procédures étrangères pourrait néanmoins influencer sur l'approche adoptée par le tribunal à l'égard de la procédure locale et sur sa volonté de la coordonner avec les procédures étrangères. Le problème, cependant, pour le tribunal, consiste à obtenir, sur l'ensemble des opérations du groupe et sur les procédures d'insolvabilité concurrentes, les informations qui seraient nécessaires pour faciliter la coordination, notamment lorsqu'il s'agit d'informations et de dossiers se rapportant à des procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans d'autres États. Le premier aspect consiste donc à avoir accès aux informations pertinentes, le deuxième à les communiquer au tribunal de la procédure locale. Une possibilité serait d'autoriser la communication des documents appropriés ou la comparution devant le tribunal local d'un praticien étranger ou d'un représentant de l'insolvabilité étranger des membres du même groupe. Nonobstant les difficultés pratiques, il est souhaitable qu'un tribunal puisse prendre note des procédures étrangères susceptibles d'avoir un impact sur la procédure locale concernant un même groupe d'entreprises, en particulier lorsqu'on cherche une solution globale pour le groupe.

18. L'instauration d'une communication dans les affaires d'insolvabilité internationale concernant des groupes d'entreprises peut faciliter les procédures d'insolvabilité internationale de nombreuses manières. Elle peut aider, par exemple, les parties à mieux comprendre les effets ou l'application du droit étranger, en particulier les différences ou les chevauchements qui pourraient donner naissance à des litiges; faciliter la résolution des problèmes moyennant une issue négociée acceptable par tous; et susciter des réponses plus fiables de la part des parties et éviter ainsi le manque d'objectivité et la tendance à déformer les faits, qui peuvent se manifester lorsque les parties représentent leurs propres intérêts dans leur propre État. Elle peut aussi servir des intérêts internationaux en favorisant une meilleure compréhension qui contribuera à promouvoir le commerce international et à prévenir la perte de valeur qui résulterait d'une action judiciaire fragmentée. Il est probable que certains des avantages potentiels seront difficiles à cerner d'emblée, mais ceux-ci peuvent devenir évidents une fois que les parties ont communiqué. La communication internationale peut révéler, par exemple, certains faits ou mesures

qui contribueront sensiblement à la recherche du meilleur règlement de l'affaire et qui, sur le long terme, pourront favoriser une réforme du droit.

19. Pour qu'elle soit transparente, efficace et crédible, la communication entre les juges ou d'autres parties intéressées devrait reposer sur des procédures appropriées. D'une manière générale, il pourrait être indiqué d'examiner si la communication devrait être systématique ou s'il faudrait y recourir uniquement en dernier ressort; si un juge peut préconiser une ligne de conduite particulière; et si les conditions pouvant régir la communication, comme celles mentionnées ci-après, devraient s'appliquer en toutes circonstances ou si elles pourraient admettre des exceptions. Les tribunaux devraient jouir d'une grande liberté pour communiquer avec les tribunaux étrangers, mais ne devraient pas être tenus de le faire lorsqu'ils jugent la communication inappropriée dans une situation particulière. Il faudrait également définir l'objet de la communication et déterminer, en particulier, si la communication pourrait porter uniquement sur les questions de procédure, ou également sur les questions de fond. Certains juges estiment qu'ils pourraient discuter des questions liées à la gestion des affaires, aux délais, à l'utilisation d'accords internationaux et à la détermination du tribunal qui pourrait régler tel ou tel point, mais pas des questions qui touchent le fond de l'affaire.

b) Moyens de communication

20. Les informations peuvent être communiquées de différentes manières, notamment par l'échange de documents (par exemple, copies d'ordonnances officielles, de jugements, d'opinions, de motivations de décisions, de transcriptions des débats, de déclarations sous serment et d'autres moyens de preuve) ou oralement. Les moyens de communication peuvent être la voie postale, la télécopie, le courrier électronique ou d'autres moyens électroniques, ou encore le téléphone ou la vidéoconférence, en fonction des moyens disponibles et abordables dans les États entre lesquels les informations sont échangées et de ce qui est approprié ou nécessaire dans chaque cas. Copie des communications écrites peut aussi être remise aux parties conformément aux dispositions applicables en matière de notification. La communication peut se faire soit directement entre les juges, soit entre les auxiliaires de justice (ou un intermédiaire désigné par le tribunal) ou les représentants de l'insolvabilité, ou par leur truchement, sous réserve des règles locales. Le développement des nouvelles technologies de la communication favorise divers aspects de la coopération et de la coordination, offre la possibilité de réduire les retards et, le cas échéant, facilite les contacts face à face. Dans un monde où les litiges se multiplient, ces méthodes de communication directe sont de plus en plus utilisées. Ainsi, dans un certain nombre d'affaires, on a préféré les vidéoconférences aux conférences téléphoniques car elles permettent de mieux maîtriser le processus et favorisent une organisation disciplinée de la communication du fait que les participants peuvent se voir et s'entendre, ce qui, en général, est un élément central de la procédure judiciaire. Ces technologies n'étant toutefois pas accessibles à tous les tribunaux, il est souhaitable que l'accent soit mis sur les moyens de faciliter la communication pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce, plutôt que sur l'utilisation d'une technologie particulière.

c) Établissement de règles ou de procédures pour les communications entre tribunaux

21. Dans chaque cas d'espèce, il sera souhaitable de déterminer, selon qu'il convient aux États concernés et conformément à la loi applicable, les procédures qui doivent régir les communications entre tribunaux pour concilier les intérêts des différentes parties intéressées et veiller à ce que personne ne voie ses droits fondamentaux lésés. Ces procédures pourraient régir les éléments suivants: les parties qui doivent être avisées de la communication proposée (par exemple, toutes les parties intéressées et leurs conseils); les personnes autorisées à participer à la communication et toute limite susceptible de s'appliquer; les questions à examiner; la question de savoir si les parties partagent les mêmes intentions concernant la communication ou ont la même conception de cette communication; l'organisation et le choix du moment de la communication; l'enregistrement de la communication; toute mesure qui s'appliquera pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties; la langue de la communication et, par voie de conséquence, la nécessité de traduire les documents écrits ou d'interpréter les communications orales (et la question de savoir qui devrait prendre en charge les frais administratifs); les méthodes acceptables de communication; le traitement des objections à la communication proposée; et les questions de confidentialité et de transparence.

22. Pour régir certaines de ces questions, les tribunaux peuvent adopter des directives telles que les Directives sur les communications entre tribunaux⁸. Ces directives visent en général à promouvoir la transparence de la communication entre les tribunaux, en permettant aux tribunaux de différents États de communiquer entre eux, sans modifier les règles ou procédures internes applicables ni porter atteinte ou faire obstacle aux droits fondamentaux d'une partie à la procédure dont les tribunaux sont saisis.

i) Moment, lieu et modalités de la communication

23. En général, il est souhaitable que le moment, le lieu et les modalités de la communication soient déterminés de manière concertée par les tribunaux, les représentants de l'insolvabilité et les autres parties intéressées, selon le cas. Ces arrangements ne doivent pas nécessairement être conclus directement par les juges, mais pourraient l'être par l'intermédiaire des auxiliaires de justice concernés.

ii) Notification de la communication proposée

24. Dans les procédures d'insolvabilité qui visent des groupes d'entreprises multinationaux, il est nécessaire d'établir un équilibre entre le fait de faciliter la communication de sorte qu'elle soit pratique et commode et celui de protéger l'intégrité de la communication en garantissant un processus ouvert et transparent. Diverses parties peuvent être concernées par les communications entre les tribunaux et il peut souvent être difficile, voire impossible, d'identifier chacune d'elles, notamment les créanciers. De plus, il peut arriver que les États concernés appliquent des règles différentes à l'envoi des notifications, ce qui a une incidence sur les

⁸ Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers, publiées par l'American Law Institute (16 mai 2000) et adoptées par l'International Insolvency Institute (10 juin 2001), disponibles en ligne à l'adresse suivante: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

questions de délai et sur l'identité des destinataires (en effet les parties intéressées ne sont pas toutes en droit d'être avisées de certaines questions). Un point essentiel sera donc de savoir quelles parties il faut aviser de toute communication proposée, conformément à la loi applicable, et dans quelle mesure les dispositions des différentes lois peuvent être coordonnées. L'absence de règles claires à cet égard pourrait provoquer des retards et une érosion de la valeur, en particulier lorsque la communication est nécessaire pour résoudre ou éviter les conflits, ou pour assurer la coordination de questions spécifiques, comme la vente d'actifs ou la déclaration et la vérification des créances.

25. D'une manière générale, l'envoi de notifications pourrait être facilité par la coopération entre les différents tribunaux, qui établiraient une liste des parties à aviser, sur laquelle pourraient figurer les parties en droit d'être informées de tout acte accompli par les tribunaux en rapport avec les procédures d'insolvabilité, notamment une communication⁹. La coordination de l'envoi des notifications pourrait être assurée via un système électronique ou un site Web, ce qui faciliterait le suivi du changement de l'identité des personnes en droit d'être avisées dans le cadre de nombreuses procédures d'insolvabilité dû, par exemple, à la cession de créances; la réduction des coûts associés à l'envoi de notifications; et la prise en compte des différences existant entre les lois applicables à l'envoi de notifications. Il faudrait, néanmoins, tenir également compte des questions de langue, d'accès et de confidentialité qui pourraient se poser.

iii) *Droit de participation*

26. Pour garantir la crédibilité de la communication et des parties qui y prennent directement part, ainsi que l'équité et la transparence, il est souhaitable que les communications soient ouvertes aux parties concernées, plutôt que de communiquer *ex parte*.

27. Comme indiqué plus haut, cependant, il faut établir un équilibre entre ces exigences et les aspects pratiques de l'organisation et du déroulement des communications. Pour ce faire, il peut être nécessaire de limiter les participants aux "parties intéressées". Bien que différents critères puissent régir la question de savoir qui peut être considéré comme une "partie intéressée" dans les circonstances particulières de l'affaire ou dans la communication en question, on pourrait généralement partir du principe que les principales parties intéressées sont le débiteur (lorsqu'il n'est pas dessaisi) ou le représentant de l'insolvabilité et tout conseil désigné le cas échéant. Si le principe général veut que les parties intéressées aient le droit de participer, il pourrait être souhaitable que les tribunaux aient le droit de déterminer, au besoin, qui devrait participer à une affaire particulière pour que le processus soit gérable et efficace.

iv) *Enregistrement de la communication comme pièce à verser au dossier*

28. Pour garantir la transparence des communications entre les tribunaux, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'enregistrement de toute communication et l'établissement d'une transcription. Cette transcription peut être versée au dossier de la procédure et serait, à ce titre, généralement accessible au moins à ceux ayant

⁹ Voir Directives sur les communications entre tribunaux, directive 12.

participé à la communication et à leurs conseils ou, à un public plus large, conformément aux règles qui régissent l'accessibilité à ce type de dossiers.

v) *Confidentialité*

29. En général, les communications entre les tribunaux qui administrent des procédures d'insolvabilité parallèles visant des membres d'un groupe multinational devraient être aussi transparentes que possible pour garantir des conditions équitables aux parties concernées et éviter de les inciter à se prémunir contre l'éventualité d'une issue défavorable. Il est souhaitable que ces informations ne soient pas traitées comme confidentielles simplement parce que la communication se déroule dans un contexte international.

30. Toutefois, il se peut que nombre des informations sur le débiteur et ses affaires devant être examinées et échangées dans le cadre des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux soient commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues envers des tiers (notamment secrets commerciaux, informations sur la recherche-développement et sur les clients). De telles informations pourraient être particulièrement sensibles dans le cas d'un débiteur visé par une procédure de redressement, où elles devraient peut-être être soumises à l'obligation de confidentialité afin de garantir la poursuite de ses activités et la protection de la valeur. Il faut donc, en conséquence, soigneusement peser leur utilisation et dûment limiter leur communication de sorte que des tiers ne puissent en tirer un avantage déloyal.

31. Les États où se déroulent des procédures d'insolvabilité visant des membres d'un groupe d'entreprises multinational appliquent parfois des règles de fond différentes en ce qui concerne la confidentialité et la communication des informations aux parties. Il faudrait tenir compte de ces différences lorsqu'on envisagera le recours à des communications internationales et la manière dont elles se dérouleront et seront enregistrées, et permettre aux tribunaux de s'entendre sur les mesures de protection à mettre en place pour respecter la loi applicable.

32. Le caractère confidentiel des informations peut en outre être traité dans le cadre d'un accord international¹⁰, qui établirait les conditions d'accès à ces informations, y compris le recours à des accords de confidentialité.

vi) *Coût des communications*

33. Il faudra peut-être tenir compte de la question du coût des communications, en particulier lorsque de nombreuses parties sont concernées et qu'on utilise un moyen de communication, comme la vidéoconférence, qui occasionne des dépenses relativement élevées dans certains États. L'utilisation de plusieurs langues peut également compliquer la communication et avoir des incidences financières s'il faut traduire des documents et interpréter des communications orales. Il importe de déterminer de quelle manière les coûts seront pris en charge par les procédures d'insolvabilité concernées ou comment ils seront répartis entre elles. S'il est prévu de rembourser les dépenses de certaines parties, il faudrait préciser comment le remboursement s'effectuera et dans quelle monnaie.

¹⁰ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, III.B., par. 168 à 171; le Guide législatif, deuxième partie, chap. III, par. 28, 52 et 115 et la recommandation 111.

vii) Effet de la communication

34. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que le simple fait pour un tribunal d'avoir communiqué avec un tribunal étranger dans le contexte de procédures d'insolvabilité internationale n'aurait aucun effet sur l'autorité ou les pouvoirs qui lui sont dévolus, sur les questions dont il est saisi et les ordonnances qu'il rend, ou sur les droits des parties à la communication. Une telle condition rassure les parties quant au fait que la communication entre les autorités intervenant dans les procédures d'insolvabilité ne portera pas atteinte à leurs droits ou n'affectera en rien l'autorité et l'indépendance du tribunal devant lequel elles comparaissent. Elle devrait limiter le risque d'objections aux communications prévues et donner aux tribunaux et à leurs représentants une plus grande souplesse pour collaborer entre eux. Une telle condition peut également garantir que les tribunaux et leurs représentants n'outrepasseront pas leurs pouvoirs lorsqu'ils communiqueront avec leurs homologues dans différents États. Nonobstant cette condition, il devrait être possible pour les tribunaux de s'entendre explicitement sur une série de questions, y compris l'approbation d'un accord d'insolvabilité internationale.

2. Coordination des actifs et des affaires du débiteur

35. La conduite des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises exige souvent que l'on continue d'utiliser et de réaliser les actifs des différentes masses de l'insolvabilité ou d'en disposer au cours des procédures. La coordination de cette utilisation, réalisation et disposition contribuera à éviter les différends et à faire en sorte que le bénéfice de toutes les parties intéressées soit au cœur des préoccupations, notamment en cas de redressement. Par exemple, un membre d'un groupe d'entreprises peut être le fournisseur exclusif d'un autre membre du groupe ou exercer le contrôle exclusif sur une ressource essentielle utilisée par un autre membre, de sorte que la procédure d'insolvabilité visant un de ces membres aura de profondes conséquences pour la poursuite de l'activité de l'ensemble du groupe. La coordination des actifs et des affaires du débiteur peut concerner aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité. Certaines questions peuvent exiger l'approbation expresse des tribunaux, alors que d'autres peuvent être résolues par la conclusion d'accords entre les représentants de l'insolvabilité.

36. Les questions à prendre en considération pour faciliter la coordination sont notamment les suivantes: l'emplacement des différents actifs et la détermination de l'État dont ils relèvent; la détermination de la loi régissant les actifs et des parties chargées d'établir comment utiliser ces actifs ou en disposer (par exemple, le représentant de l'insolvabilité, les tribunaux ou dans certains cas le débiteur), y compris les approbations requises; la mesure dans laquelle la responsabilité de ces actifs peut être répartie entre différentes parties dans différents États; la manière dont les informations concernant les affaires de différents débiteurs dans différents États peuvent être obtenues et échangées pour assurer la coordination et la coopération; et l'ordre dans lequel les procédures devraient se dérouler. La coordination peut également être utile pour réaliser des recherches sur les actifs du débiteur, envisager d'éventuelles actions en annulation et empêcher le débiteur de mettre ses actifs hors de portée du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Elle peut également exiger que les tribunaux déterminent le for le plus approprié pour

traiter une question donnée telle que la vente ou la disposition d'un certain actif, et s'en remettent à ce for dans la mesure autorisée par la loi¹¹.

3. Nomination d'un représentant du tribunal

37. Un tribunal peut nommer un représentant pour faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité qui visent les membres d'un groupe d'entreprises, lorsqu'elles ont lieu dans différents États. Cette personne peut exercer diverses fonctions, selon les instructions des tribunaux, mais ne devrait pas être considérée comme un représentant de l'insolvabilité supplémentaire ni comme un remplaçant du représentant de l'insolvabilité existant. Ces fonctions pourraient être notamment: agir en qualité d'intermédiaire pour les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité concernés, en particulier lorsque des questions de langue sont en jeu; élaborer un accord d'insolvabilité internationale en consultation avec les parties concernées; promouvoir le règlement amiable des problèmes entre parties; faciliter le flux d'informations entre les différentes procédures; et faire en sorte qu'une notification concernant certains actes devant les tribunaux soit communiquée à toutes les parties intéressées (comme, par exemple, les autres membres du groupe d'entreprises, les créanciers, les tribunaux ou les représentants de l'insolvabilité étrangers). Le tribunal qui nomme le représentant énonce généralement les conditions dans lesquelles la personne ainsi nommée est autorisée à agir et les pouvoirs qui lui sont dévolus. Elle peut être nommée soit dans un but précis, tel que la négociation d'un accord d'insolvabilité internationale, soit, plus généralement, pour remplir certaines des fonctions énumérées ci-dessus. Cette personne peut être tenue de faire régulièrement rapport au tribunal ou aux tribunaux intervenant dans les procédures, ainsi qu'aux parties.

4. Coordination des audiences

38. Les audiences diversement décrites comme conjointes, simultanées ou coordonnées ("audiences coordonnées")¹² peuvent considérablement favoriser l'efficacité des procédures d'insolvabilité parallèles qui visent des membres d'un groupe d'entreprises multinational, en réunissant simultanément les parties intéressées pour échanger des informations et examiner et régler les questions en suspens ou les conflits potentiels, et permettent ainsi d'éviter les négociations interminables et les retards qui en résultent. À propos de ces audiences, cependant, on soulignera que chaque tribunal devrait se prononcer en toute indépendance, sans être influencé par l'autre tribunal. Si ces audiences sont relativement faciles à organiser au sein d'un même État pour garantir la coordination des procédures qui visent différents membres d'un groupe, elles peuvent se révéler très compliquées à organiser sur le plan logistique dans un contexte international du fait de la multiplicité des langues, des fuseaux horaires, des lois, des procédures et des traditions judiciaires. Elles peuvent aboutir à une impasse si, par exemple, les compétences des autorités qui participent à l'audience ne sont pas clairement arrêtées d'un commun accord ou clairement définies.

¹¹ La répartition de certaines tâches entre les différents tribunaux est examinée dans le Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 18 à 20; chap. III, par. 59 à 74.

¹² Ces types d'audiences sont examinés dans le Guide pratique de la CNUDCI, chap. III, par. 154 à 159.

39. Bien que potentiellement difficiles à organiser, des audiences de ce type ont été utilisées entre certains États qui parlent la même langue, partagent la même tradition juridique et se trouvent dans des fuseaux horaires similaires, et ont permis de résoudre efficacement des questions difficiles dans l'intérêt de toutes les parties concernées¹³. On pourrait, dans l'avenir, utiliser plus largement ce type d'audiences en s'appuyant sur des procédures et des garanties appropriées pour faciliter une bonne planification et éviter les complications. Ces règles de procédure pourraient régir, par exemple, le recours à des conférences préalables aux audiences; la conduite des audiences, notamment la langue qui sera utilisée et la nécessité de services d'interprétation; les prescriptions relatives à l'envoi de notifications; les méthodes de communication à utiliser pour que les tribunaux puissent chacun entendre l'autre simultanément; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les documents qui peuvent être soumis; les tribunaux auxquels les participants peuvent soumettre des documents; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour les autres tribunaux; la question de la confidentialité; la limitation de la compétence de chaque tribunal aux parties comparissant devant lui¹⁴; et le prononcé des décisions.

40. Certaines directives et certains accords concernant ces types d'audiences prévoient que, pour préparer celles-ci au mieux en vue de leur bon déroulement, les tribunaux, les personnes qu'ils nomment ou les représentants de l'insolvabilité devraient communiquer avec leurs homologues étrangers avant l'audience afin d'établir les principes qui régiront toutes les questions procédurales, administratives et préliminaires. Une fois une audience terminée, les autorités compétentes pourraient continuer à communiquer pour évaluer le contenu de l'audience, discuter des étapes suivantes (notamment des audiences supplémentaires), élaborer des lignes directrices ou modifier celles qui existent pour les audiences futures, examiner si le prononcé d'ordonnances communes est possible ou justifié, et déterminer la manière de résoudre certaines questions de procédure soulevées à l'audience¹⁵.

Recommandations 240 à 245

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives sur la coopération faisant intervenir des tribunaux dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

a) D'autoriser la coopération entre les tribunaux saisis de procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États;

¹³ Voir, par exemple, les affaires *Quebecor World Inc.*, Cour supérieure de Montréal, Chambre commerciale, (Canada) No. 500-11-032338-085 et *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, No. 08-10152 (2008) et *Solv-Ex Canada Limited et Solv-Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, affaire n° 9701-10022 (28 janvier 1998), et *United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico*, affaire n° 11-97-14362-MA (28 janvier 1998).

¹⁴ Voir la Loi type de la CNUDCI, article 10.

¹⁵ Voir également le Guide pratique de la CNUDCI, *supra* note 12; Directives sur les communications entre tribunaux, directive 9 e).

b) D'autoriser la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer ces différentes procédures; et

c) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération pour coordonner les procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États et définir les conditions et les garanties qui devraient s'appliquer à ces formes de coopération pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties ainsi que l'autorité et l'indépendance des tribunaux.

Contenu des dispositions législatives¹⁶

Coopération entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

240. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers¹⁷, soit directement, soit par l'intermédiaire du représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne chargée d'agir suivant les instructions du tribunal, pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe.

Coopération dans toute la mesure possible faisant intervenir les tribunaux

241. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal, [dont la remise au tribunal étranger ou au représentant étranger de copies des documents qui ont été délivrés par le tribunal ou qui ont été ou doivent être déposés auprès du tribunal concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité ou la participation à des communications avec le tribunal étranger ou le représentant étranger];

b) La coordination de l'administration et de la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité;

c) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal; et

d) L'approbation ou l'application des accords concernant la coordination des procédures d'insolvabilité conformément à la recommandation 254.

¹⁶ Ces recommandations sur la coopération visent à permettre et non à imposer la coopération et sont conformes aux articles correspondants de la Loi type (art. 25-1 et 26-1).

¹⁷ Désigne, aux termes de l'article 2 d) de la Loi type, "une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère".

*Communication directe entre le tribunal et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*¹⁸

242. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal qui est compétent pour la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises de communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers ou de leur demander directement des informations ou une assistance au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe.

Conditions applicables aux communications internationales faisant intervenir les tribunaux

243. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux et entre les tribunaux et les représentants étrangers [conformément aux présentes recommandations] devrait être soumise aux conditions suivantes:

- a) Le moment, le lieu et les modalités de la communication devraient être déterminés entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants étrangers;
- b) La notification de toute communication proposée devrait être donnée aux parties intéressées conformément au droit applicable;
- c) Un représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit de participer en personne à une communication. Une partie intéressée peut y participer conformément au droit applicable et si le tribunal le juge approprié;
- d) La communication peut être enregistrée et une transcription établie selon les instructions des tribunaux. Cette transcription peut être traitée comme une transcription officielle de la communication et versée au dossier de la procédure;
- e) Les communications ne devraient être traitées comme confidentielles que dans des cas exceptionnels, dans la mesure jugée appropriée par les tribunaux et conformément au droit applicable; et
- f) Les communications devraient respecter les règles impératives des États entre lesquels elles sont échangées ainsi que les droits fondamentaux et procéduraux des parties intéressées, en particulier la confidentialité des informations.

244. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication faisant intervenir les tribunaux [conformément aux présentes recommandations] [conformément aux recommandations 240 à 245] n'implique:

- a) Aucune atteinte, ou renonciation de la part du tribunal, à quelque pouvoir, attribution ou autorité que ce soit;
- b) Aucune décision sur le fond concernant une question portée devant le tribunal;
- c) Aucune renonciation de la part des parties à leurs droits fondamentaux ou prétentions; ni
- d) Aucune diminution de l'effet d'une ordonnance rendue par le tribunal.

¹⁸ Voir la Loi type de la CNUDCI, articles 25-2 et 26-2.

Coordination des audiences

245. La loi sur l'insolvabilité peut permettre au tribunal de tenir une audience en coordination avec un tribunal étranger. Lorsque des audiences sont coordonnées, elles peuvent être soumises à certaines conditions qui protègent les droits fondamentaux et procéduraux des parties et la compétence de chaque tribunal. Ces conditions pourraient concerner les règles applicables à la conduite de l'audience; les prescriptions relatives à l'envoi d'une notification; la méthode de communication à utiliser; les conditions applicables au droit de comparaître et d'être entendu; les modalités de soumission des documents au tribunal et leur disponibilité pour le tribunal étranger; et la limitation de la compétence de chaque tribunal aux parties comparissant devant lui¹⁹. Nonobstant la coordination des audiences, chaque tribunal reste tenu de rendre ses propres décisions sur les questions dont il est saisi.

D. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité**1. Coopération des représentants de l'insolvabilité**

41. Comme il est noté plus haut (voir deuxième partie, chap. III, par. 35 et suivants), le représentant de l'insolvabilité joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, car il est responsable au quotidien de la gestion de la masse de l'insolvabilité du débiteur. À ce titre, les représentants de l'insolvabilité joueront un rôle clef dans la coordination efficace des multiples procédures visant les membres d'un groupe d'entreprises, en collaborant entre eux et avec les tribunaux concernés. À cette fin, le représentant de l'insolvabilité, tout comme le tribunal, aura besoin d'être dûment autorisé à accomplir les tâches nécessaires, comme le partage d'informations, la coordination de l'administration et de la surveillance quotidiennes des affaires du débiteur, la négociation d'accords d'insolvabilité internationale, etc.

42. Comme il est noté plus haut, ces arrangements concernant la coopération et la coordination ne peuvent diminuer ou supprimer les obligations qui incombent à un représentant de l'insolvabilité en vertu de la loi régissant sa nomination.

Recommandations 246 à 250**Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions législatives concernant la coopération entre représentants de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est:

- a) D'autoriser la coopération entre représentants de l'insolvabilité nommés pour administrer des procédures d'insolvabilité visant différents membres d'un groupe d'entreprises dans différents États; et
- b) De faciliter et de promouvoir le recours à différentes formes de coopération entre ces représentants de l'insolvabilité et de définir les conditions et

¹⁹ Voir également la Loi type de la CNUDCI, art. 10.

les garanties qui devraient s'y appliquer pour protéger les droits fondamentaux et procéduraux des parties.

Contenu des dispositions législatives

Coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

246. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers pour faciliter la coordination de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe.

Coopération entre représentants de l'insolvabilité

247. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de coopérer dans toute la mesure possible avec les représentants étrangers²⁰ nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe afin de faciliter la coordination de ces procédures.

Communication entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers

248. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe.

Communication entre représentants de l'insolvabilité

249. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les représentants étrangers nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres [de ce] [du même] groupe au sujet de ces procédures.

Coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité

250. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la coopération dans toute la mesure possible entre représentants de l'insolvabilité peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

²⁰ Voir la note de bas de page 17 ci-dessus pour la définition du représentant étranger, qui viserait également un représentant de l'insolvabilité désigné à titre provisoire.

- a) Le partage et la communication d'informations concernant les membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, à condition que des dispositions appropriées soient prises pour protéger les informations confidentielles;
- b) L'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale, conformément à la recommandation 253²¹;
- c) La répartition des tâches entre les représentants de l'insolvabilité, y compris l'assignation d'un rôle de coordination à un seul représentant de l'insolvabilité;
- d) La coordination en ce qui concerne l'administration et la surveillance des affaires des membres du groupe d'entreprises soumis aux procédures d'insolvabilité, [notamment les opérations courantes lorsque l'activité doit se poursuivre; le financement postérieur à l'ouverture; la protection des actifs; l'utilisation et la disposition d'actifs; l'utilisation des pouvoirs d'annulation; la communication avec les créanciers et les réunions de créanciers; la déclaration et l'admission des créances, y compris des créances intragroupe; et la répartition du produit de la disposition entre les créanciers]; et
- e) La coordination en ce qui concerne la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés.

2. Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

43. On peut également aborder la question de la promotion de la coordination par le biais de la nomination du représentant de l'insolvabilité en envisageant, par exemple, la nomination du même représentant ou d'un représentant unique pour des procédures d'insolvabilité multiples concernant des membres du même groupe dans différents États où cette personne (physique ou morale) répond aux conditions locales applicables (voir chap. II, par. 139 à 145 sur les procédures nationales). Outre les avantages que pourrait présenter cette nomination pour les procédures nationales multiples, elle peut, dans le contexte international, considérablement faciliter la coopération entre les différentes procédures et le redressement du groupe dans son ensemble.

44. Comme il est indiqué plus haut s'agissant du contexte national, pour déterminer s'il conviendrait de nommer un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité, il faudrait étudier la nature du groupe, et notamment le degré d'intégration de ses membres et sa structure commerciale. Il est également très souhaitable que toute personne pressentie à cette fonction ait une expérience et une connaissance appropriées (voir deuxième partie, chap. III, par. 39) des questions d'insolvabilité internationale et que cette connaissance et cette expérience soient soigneusement examinées avant la nomination pour s'assurer qu'elles correspondent aux membres du groupe concernés et aux activités qu'ils mènent. Il est souhaitable que la nomination d'un représentant unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer deux membres ou plus d'un groupe n'intervienne que lorsqu'elle est dans l'intérêt des procédures d'insolvabilité.

²¹ Voir le Guide pratique de la CNUDCI, qui réunit des données d'expérience pratique dans le domaine de l'utilisation et de la négociation de tels accords, et examine les questions habituellement traitées.

45. Si une telle personne pouvait être nommée, elle serait soumise au droit local des États dans lesquels elle a été nommée pour ce qui est, en particulier, des qualifications, de la licence (le cas échéant), des pouvoirs et des devoirs, et du contrôle du tribunal. Par conséquent, le représentant de l'insolvabilité serait soumis aux mêmes conditions locales que tout représentant de l'insolvabilité nommé dans l'un de ces États.

46. Pourrait être nommée une personne physique qualifiée pour agir dans différents États ou une personne morale, lorsque celle-ci emploie ou comprend parmi ses membres des individus dûment qualifiés qui pourraient jouer le rôle de représentants de l'insolvabilité dans un certain nombre d'États différents. Bien que la possibilité de trouver des personnes possédant ces qualifications risque généralement d'être limitée, elle peut être plus courante dans certaines régions ou s'accroît du fait de la mondialisation des échanges et des services.

47. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être nécessaire d'envisager des dispositions pour éviter les conflits d'intérêts potentiels. Un tel conflit pourrait survenir lorsque les membres du groupe représentés par un représentant de l'insolvabilité unique ont des intérêts divergents sur une question particulière, comme le financement postérieur à l'ouverture ou la vérification et l'admission des créances, notamment des créances intragroupe, ou s'il existe un conflit direct entre les obligations qui incombent au représentant de l'insolvabilité en vertu de différentes lois sur l'insolvabilité. Ces cas pourraient être traités de la même manière que la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité dans le contexte national (voir chap. II, par. 144 et recommandation 233).

Recommandations 251 et 252

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant la nomination du représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises multinationaux est, dans le but de promouvoir une administration effective et efficace des procédures d'insolvabilité visant des membres du même groupe d'entreprises dans différents États,

a) D'autoriser, lorsque le tribunal estime qu'une telle mesure sert au mieux les intérêts des procédures d'insolvabilité concernées, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures multiples; et

b) De traiter tout conflit d'intérêts susceptible de survenir lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant est nommé.

Contenu des dispositions législatives

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité

251. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal, dans les cas appropriés, d'agir en coordination avec les tribunaux étrangers pour ce qui est de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité pour administrer les procédures d'insolvabilité visant les membres du

même groupe d'entreprises dans différents États, à condition que le représentant de l'insolvabilité soit qualifié pour être nommé dans chacun des États concernés. Dans la mesure exigée par la loi [sur l'insolvabilité] [applicable], le représentant de l'insolvabilité serait soumis au contrôle de chaque tribunal qui le nomme.

Conflit d'intérêts

252. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures à prendre pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique ou le même représentant de l'insolvabilité a été nommé pour administrer les procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États. Ces mesures peuvent inclure la nomination d'un ou de plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

E. Utilisation d'accords d'insolvabilité internationale²²

48. Les spécialistes s'occupant d'insolvabilité qui, quotidiennement, doivent faire face à la nécessité de traiter des affaires d'insolvabilité et d'essayer de coordonner l'administration d'affaires d'insolvabilité internationale en l'absence d'adoption généralisée de règles de droit nationales ou internationales propres à faciliter le processus, ont élaboré des accords d'insolvabilité internationale. Ces accords sont examinés en détail dans le Guide pratique de la CNUDCI. Ils ont pour objectif de traiter les questions qui se posent dans les affaires d'insolvabilité internationale, de manière à en faciliter le règlement par l'instauration entre les tribunaux, le débiteur et d'autres parties intéressées de liens de coopération internationale afin de permettre aux intéressés de travailler efficacement, et d'accroître le montant des réalisations pour les créanciers dans des procédures potentiellement concurrentes menées dans différents États. Leur utilisation peut réduire de manière efficace le coût des procédures judiciaires et permettre aux parties de se concentrer sur la conduite des procédures d'insolvabilité plutôt que sur la résolution de conflits de lois et d'autres litiges du même ordre. En outre, en plus de clarifier les attentes des parties, ces accords peuvent contribuer à préserver les actifs du débiteur et à en maximiser la valeur. Dans la pratique, à ce jour, ces accords ont généralement été approuvés par les tribunaux, mais ils pourraient aussi être approuvés par des créanciers ou des comités de créanciers ou fonctionner comme des arrangements contractuels entre les signataires.

49. Les accords d'insolvabilité internationale sont généralement conclus pour faciliter la coopération et la coordination internationales dans le cadre de plusieurs procédures d'insolvabilité engagées dans différents États. Ils sont habituellement conçus pour faciliter la gestion de ces procédures et visent à contribuer à l'harmonisation des questions de procédure plutôt que des questions de fond entre les États concernés (bien que, dans un petit nombre de cas, des questions de fond puissent également être abordées). Ils peuvent prendre diverses formes (écrite ou orale), avoir des champs d'application différents (génériques ou spécifiques) et peuvent être conclus par différentes parties. Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties sans traiter de

²² Pour un examen détaillé de la question des accords d'insolvabilité internationale, voir le Guide pratique de la CNUDCI.

questions particulières, alors que les accords plus détaillés et spécifiques établissent un cadre de principes destinés à régir plusieurs procédures d'insolvabilité.

50. Les accords peuvent être considérés comme des contrats entre signataires ou, en cas d'approbation du tribunal, obtenir le statut juridique d'une ordonnance. Ils peuvent couvrir une ou plusieurs questions et rien n'empêche les parties de conclure plusieurs accords à mesure que les procédures progressent pour traiter d'autres questions qui se posent. Il n'est pas rare, par exemple, que des accords concernant la communication et la coopération en général soient conclus au début des procédures et soient suivis, ultérieurement, par des accords spécifiques portant sur la procédure à suivre pour le traitement des créances. Les accords d'insolvabilité internationale ne doivent donc pas nécessairement être conclus dans un délai précis, comme avant l'ouverture des procédures. S'il est certes préférable de les conclure au début des procédures pour répondre aux attentes et apporter une certaine clarté, ils peuvent également être conclus ultérieurement, lorsque se posent des questions précises qui nécessitent une coopération. Les accords existants peuvent également être modifiés, sous réserve des conditions prévues à cet effet dans leurs clauses.

51. Comme il est noté plus haut, les accords d'insolvabilité internationale peuvent se limiter à poser des principes généraux sur la manière dont la coopération et la coordination devraient s'exercer, ou aborder aussi des questions précises, selon les besoins de l'affaire et les problèmes à résoudre. Les questions habituellement traitées sont notamment les suivantes:

- a) La répartition des rôles concernant divers aspects de la conduite et de l'administration des procédures entre les différents tribunaux concernés et entre les représentants de l'insolvabilité, y compris les limites au pouvoir d'agir sans l'approbation des autres tribunaux ou représentants de l'insolvabilité;
- b) La disponibilité et la coordination des mesures;
- c) La coordination du recouvrement des actifs dans l'intérêt des créanciers en général, lorsque des créances sont déclarées sur les actifs d'un membre du groupe soumis à une procédure de faillite dans un autre État;
- d) La déclaration et le traitement des créances;
- e) L'utilisation et la disposition des actifs;
- f) Les méthodes de communication, notamment la langue, la fréquence et les moyens de communication;
- g) Les notifications;
- h) La coordination et l'harmonisation des plans de redressement;
- i) Les questions portant uniquement sur l'accord, notamment sa modification et sa résiliation, son interprétation, son efficacité et le règlement des différends;
- j) L'administration des procédures, en particulier en ce qui concerne l'arrêt des poursuites ou la décision concertée des parties de ne pas engager certaines actions en justice;
- k) Le choix de la loi applicable pour les questions qui se recoupent;
- l) La répartition des rôles entre les parties à l'accord;

- m) Les frais et les rémunérations; et
- n) Les clauses d'encadrement.

52. Les clauses d'encadrement prévues visent en général à faire en sorte que rien dans l'accord ne permette de se soustraire à l'indépendance et à l'autorité du tribunal, ni de déroger aux dispositions d'ordre public et à la loi applicable pour ce qui est, en particulier, des obligations que le représentant de l'insolvabilité ou les parties, y compris le débiteur, peuvent avoir contractées.

53. Ces accords toujours plus fréquents, surtout dans certains États, sont utilisés avec succès dans différentes situations: procédures concurrentes de redressement et de liquidation dans différents États; procédures principales et non principales telles que définies dans la Loi type; et procédure d'insolvabilité dans un État et procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité dans un autre État. On notera toutefois que si la loi sur l'insolvabilité de certains États peut permettre aux tribunaux d'approuver des accords internationaux concernant le même débiteur (par le biais, par exemple, de dispositions analogues à l'article 27 de la Loi type), cette autorisation ne s'étend pas obligatoirement à l'utilisation de ces accords dans le contexte du groupe. Ce qui peut faciliter la résolution globale des difficultés financières d'un groupe (qu'il s'agisse d'un redressement global ou de la combinaison de différentes procédures), c'est un accord qui prévoit de coordonner diverses procédures visant différents débiteurs membres du même groupe dans différents États. De nombreuses lois n'ont pas les dispositions nécessaires pour permettre à un tribunal d'approuver ou de reconnaître un accord relatif non seulement aux débiteurs relevant de sa compétence, mais aussi aux débiteurs qui n'en relèvent pas, même s'ils sont membres du même groupe d'entreprises.

54. C'est pourquoi il est souhaitable, pour renforcer la coopération internationale, qu'une loi sur l'insolvabilité autorise les parties concernées – représentants de l'insolvabilité et autres parties intéressées – à conclure des accords d'insolvabilité internationale concernant différents membres d'un groupe dans différents États et permette aux tribunaux de les approuver ou de les appliquer, en tenant compte du contexte de groupe. On notera que différents États peuvent avoir des exigences de forme différentes, qui devront être respectées pour que ces accords produisent leurs effets dans les États concernés.

Recommandations 253 et 254

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions législatives concernant les accords d'insolvabilité internationale est d'assurer que la loi sur l'insolvabilité:

- a) Permette l'utilisation de ces accords pour faciliter la coopération en ce qui concerne des procédures d'insolvabilité visant les membres du même groupe d'entreprises dans différents États; et
- b) Autorise, si nécessaire, l'approbation de ces accords par le tribunal.

Contenu des dispositions législatives*Pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale*

253. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité et à d'autres parties intéressées de conclure un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

Approbation ou application d'accords d'insolvabilité internationale

254. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'approuver ou d'appliquer un accord d'insolvabilité internationale concernant deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises dans différents États afin de faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité visant ces membres.

A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises
en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V
(Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Notes explicatives sur des questions de rédaction**I. Introduction**

1. Le présent document contient des notes explicatives concernant la révision des recommandations figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et soulève, à propos de ces recommandations, un certain nombre de questions que le Groupe de travail pourrait examiner.

II. Questions nationales**A. Demande conjointe d'ouverture – projets de recommandations 199 et 200**

2. Le projet de recommandation 199 dispose seulement que la loi sur l'insolvabilité "peut" autoriser les demandes conjointes d'ouverture, tandis que la recommandation 200 emploie les mots "la loi sur l'insolvabilité devrait" s'agissant de spécifier les parties autorisées à former ce type de demande. Afin d'établir le lien entre les deux projets de recommandations, tout en maintenant le libellé du projet de recommandation 199 de sorte qu'il "permette" les demandes conjointes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter les mots "Lorsqu'elle autorise les demandes conjointes conformément à la recommandation 199" dans le projet de recommandation 200. Cette solution a également été adoptée dans le cas, similaire, des projets de recommandations 220 et 221, qui traitent du regroupement des patrimoines.

3. Les mots "satisfait au critère d'ouverture énoncé dans la recommandation 16 et" ont été ajoutés comme le Groupe de travail l'a demandé à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 88).

B. Coordination procédurale – projet de recommandation 205

4. Dans le texte anglais, les mots "at the time of" ont été remplacés par "at the same time as" ("au moment de la demande d'ouverture") pour plus de clarté.

C. Financement postérieur à l'ouverture – projet de recommandation 212

5. Le projet de recommandation 212 a été révisé conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session, à savoir de regrouper les anciens alinéas a) et b) et de préciser à l'alinéa b) que le préjudice en question est subi par les créanciers du membre du groupe qui octroie le financement (A/CN.9/686, par. 77).

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la variante proposée à l'alinéa b). Dans le texte actuel, le représentant de l'insolvabilité est tenu de déterminer que le préjudice causé "est" compensé par les avantages du financement au moment où il prend sa décision. Étant donné que ces avantages sont rarement susceptibles de se matérialiser au moment où la décision est prise et seront plutôt obtenus au cours des procédures et de leur règlement, il conviendrait peut-être davantage que le projet de recommandation emploie le futur en disposant que le préjudice "sera" compensé par les avantages.

D. Regroupement des patrimoines – projets de recommandations 220 à 228

Projet de recommandation 220

7. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session à propos du projet de recommandation 220 (A/CN.9/686, par. 99, 101 et 102):

a) On a modifié le chapeau pour y ajouter l'adverbe "uniquement"; et

b) On a modifié l'alinéa b) pour y prévoir que le tribunal devrait avoir la conviction à la fois que les membres du groupe se livrent à des pratiques frauduleuses et que le regroupement des patrimoines est le moyen approprié pour remédier à la situation.

Projet de recommandation 221

8. Le début du projet de recommandation 221 a été modifié afin d'établir le lien entre cette recommandation et le projet de recommandation 220. Il serait plus exact de parler, à la fin du projet de recommandation, non pas des conditions applicables aux exclusions mais des circonstances dans lesquelles des exclusions seraient justifiées ou permises. Ainsi qu'il a été dit au sein du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 103 et 104), la question n'est pas tant de soumettre ces exclusions à certaines conditions que de donner, face à l'impossibilité de recenser clairement toutes les situations où il conviendrait d'exclure des actifs et des créances, des orientations sur les types de circonstances qui pourraient entrer en ligne de compte. L'emploi du mot "conditions" laisse entendre qu'il faut définir des exigences précises, par exemple que l'exclusion bénéficie en définitive aux créanciers concernés. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question plus avant et éventuellement proposer de compléter le texte de la recommandation pour donner des indications plus précises aux utilisateurs du Guide.

Projet de recommandation 222

9. La condition posée à la fin du projet de recommandation 222 a été supprimée et la note de bas de page révisée comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 105 et 106). En ce qui concerne le moment où présenter une demande de regroupement, le libellé anglais a été modifié de la même manière que dans le projet de recommandation 205.

Projet de recommandation 223

10. L'ordre dans lequel sont énumérées les parties dans le projet de recommandation 223 a été modifié à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 107).

Projet de recommandation 224

11. En ce qui concerne le projet de recommandation 224, puisque, à l'alinéa a), les actifs sont traités "comme s'ils faisaient partie d'une masse de l'insolvabilité unique", le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait d'employer un libellé similaire à l'alinéa c), en disposant que les créances devraient être traitées "comme si elles étaient" des créances sur la masse de l'insolvabilité unique.

Projet de recommandation 228 – calcul de la période suspecte

12. Le projet de recommandation 228 a pour objet d'énoncer une règle claire pour le calcul de la période suspecte lorsque plusieurs membres d'un groupe voient leurs patrimoines regroupés. Dans sa rédaction actuelle, il part du principe que la date à laquelle est ordonné le regroupement a une incidence sur ce calcul. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition suivante.

13. Dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3, il n'existe en fait que deux méthodes de calcul fondées, conformément à la recommandation 89, sur la date de demande d'ouverture ou la date d'ouverture des procédures; la date à laquelle est ordonné le regroupement des patrimoines n'influe pas sur le calcul.

14. La date à prendre en compte sera soit une date différente pour chaque membre – date de demande d'ouverture ou date d'ouverture de la procédure pour chaque membre (cas visé actuellement par le paragraphe 3 a)), soit une date commune – date de la première de toutes les demandes d'ouverture ou date de la première de toutes les procédures ouvertes (par. 3 b)). Si toutes les demandes sont présentées au même moment, on aura alors une date unique et, si toutes les procédures sont ouvertes au même moment, il s'agira également d'une date unique, ces deux dates entrant dans le champ d'application du paragraphe 3 b).

15. Le projet de recommandation 228 pourrait donc être reformulé comme suit:

1. Le texte actuel pourrait être conservé et les mots "à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe d'entreprises" ajoutés à la fin du paragraphe.
2. Le paragraphe serait supprimé.
3. Le chapeau pourrait être modifié comme suit "La date spécifiée à partir de laquelle la période suspecte est calculée rétroactivement conformément à la recommandation 89 peut être".

a) Le texte actuel pourrait être conservé sous réserve de supprimer les mots “conformément à la recommandation 89”.

b) Le texte actuel pourrait être révisé comme suit: “Une date commune pour tous les membres visés par le regroupement, à savoir soit i) la date la plus rapprochée parmi celles de demande d’ouverture, ou d’ouverture, des procédures d’insolvabilité visant ces membres; soit ii) la date à laquelle toutes les demandes d’ouverture ont été présentées ou à laquelle toutes les procédures ont été ouvertes.”

Projet de recommandation 231 – notification du regroupement des patrimoines

16. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet de recommandation 231 (regroupement des patrimoines) devrait être aligné sur le projet de recommandation 210 (coordination procédurale), comme l’indiquent les mots ajoutés entre crochets, de sorte que le contexte de la notification soit le même dans les deux cas.

E. Participants – projet de recommandation 236

17. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session en ce qui concerne le projet de recommandation 236 (A/CN.9/686, par. 122):

a) L’intitulé a été révisé;

b) L’alinéa a) a été complété pour être aligné sur le projet de recommandation 250;

c) L’alinéa b) ne fait plus référence à la répartition des pouvoirs entre les représentants de l’insolvabilité ni à l’assignation d’un rôle prépondérant à un seul représentant de l’insolvabilité;

d) Une référence aux créances intragroupe a été ajoutée à l’alinéa c).

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions supplémentaires suivantes:

a) Modification du chapeau pour y indiquer que la coopération “peut” être assurée, et non “devrait” être assurée, comme dans le projet de recommandation 250 et à l’article 27 de la Loi type. Le renvoi aux projets de recommandations 234 et 235 a été supprimé pour aligner le chapeau sur celui des recommandations traitant de la coopération “dans toute la mesure possible” dans le contexte international, à savoir les projets de recommandations 241 et 250;

b) La référence entre crochets à la communication avec les créanciers et aux assemblées de créanciers a été déplacée de l’alinéa d) pour être insérée à l’alinéa c) de sorte que cette communication s’inscrive dans le cadre général de l’administration et de la surveillance des affaires du débiteur et ne se limite pas au contexte du redressement, comme c’était le cas à l’alinéa d); et

c) Une variante est proposée entre crochets dans l’alinéa d) pour reprendre la formulation du projet de recommandation 237, qui parle de “plans de redressement coordonnés”.

III. Traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité

A. Accès aux tribunaux et reconnaissance des procédures étrangères

Clause relative à l'objet

19. Une nouvelle clause relative à l'objet a été ajoutée pour que le texte soit plus complet.

B. Formes de coopération faisant intervenir les tribunaux – clause relative à l'objet et projets de recommandations 240, 241, 244 et 245

Clause relative à l'objet

20. Les mots “faisant intervenir des tribunaux” ont été ajoutés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 22). Le verbe “administrer” a été ajouté à l'alinéa b) pour aligner ce projet de recommandation sur les projets de recommandations 246 et suivants.

21. Le mot “protections” a été supprimé de l'alinéa c) et le mot “mesures” a également été supprimé de la clause relative à l'objet précédant le projet de recommandation 246. Ils ont été remplacés par “garanties” pour améliorer la rédaction.

Projet de recommandation 240

22. Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 24 et 25), les mots “chargée d'agir suivant les instructions du tribunal” ont été ajoutés dans le projet de recommandation 240, ainsi qu'une note de bas de page renvoyant à la définition du représentant étranger pour confirmer que la coopération mentionnée dans ces recommandations s'appliquerait également dans le cas d'un représentant provisoire de l'insolvabilité.

23. À la dernière session du Groupe de travail, il a été proposé, pour clarifier le texte, d'insérer les mots “d'autres membres” avant “de ce groupe d'entreprises” à la dernière ligne du projet de recommandation (A/CN.9/686, par. 23). Or, un tel ajout risque de limiter les “procédures ouvertes dans d'autres États” à celles qui visent d'autres membres du groupe; sans ces mots, les procédures ouvertes dans d'autres États dont il serait question dans le texte engloberaient à la fois les procédures à l'encontre d'autres membres mais aussi les procédures supplémentaires à l'encontre du même membre. Une autre solution, proposée également dans les projets de recommandations 247 et 249, serait de parler non pas de “membres de ce groupe d'entreprises” mais de “membres du même groupe”.

Projet de recommandation 241

24. Les mots entre crochets commençant par “dont” à l'alinéa a) ont été ajoutés pour aligner le texte du projet de recommandation sur celui du projet de recommandation 250. Le chapeau ainsi que les alinéas b), c) et d) ont été révisés comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 27, 28 et 30).

Projet de recommandation 244

25. Le projet de recommandation 244 a été révisé comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 42 à 45). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'emploi des mots "présentes recommandations" est préférable à la mention, par leur numéro, de toutes les recommandations concernées ou si le projet de texte devrait simplement parler de "communication faisant intervenir les tribunaux" et ne contenir aucun renvoi.

26. Il a été proposé de limiter le projet de recommandation 244 aux communications entre les tribunaux. Toutefois, comme on peut supposer qu'il concerne à la fois les communications entre tribunaux et les communications entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité, ces dernières étant autorisées par les projets de recommandations 240 et 242, l'emploi des mots "faisant intervenir les tribunaux" est proposé. Une autre solution serait de dire "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la communication entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité ne devrait pas impliquer".

Projet de recommandation 245

27. Les mots "conjointe" et "indépendance" ont été supprimés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 46). Les mots "leur disponibilité pour les autres tribunaux" ont été remplacés pour "leur disponibilité pour le tribunal étranger" pour plus de clarté.

C. Formes de coopération faisant intervenir les représentants de l'insolvabilité**1. Coopération des représentants de l'insolvabilité – projets de recommandations 246 à 250****Projets de recommandations 246 et 248**

28. Le projet de recommandation 246 (anciennement projet de recommandation 241) concernant la coopération entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers et le projet de recommandation 248 (anciennement projet de recommandation 244) concernant la communication entre le représentant de l'insolvabilité et les tribunaux étrangers ont été déplacés de la section consacrée aux tribunaux pour être insérés dans la section sur les représentants de l'insolvabilité.

Projets de recommandations 247 et 249

29. Les projets de recommandations 247 et 249 ont été modifiés pour préciser que les représentants étrangers en question sont nommés pour administrer les procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres du même groupe (A/CN.9/686, par. 50). La dernière phrase mentionnant le moment où les représentants pourraient communiquer a été supprimée du projet de recommandation 249 à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 51).

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, dans les projets de recommandations 246 à 249, les mots "de ce groupe" sont suffisamment clairs ou s'il faudrait les remplacer par "du même groupe".

Projet de recommandation 250

31. Dans le chapeau du projet de recommandation 250, le renvoi au projet de recommandation 248 a été supprimé pour aligner cette recommandation sur le projet de recommandation 241, où le renvoi a également été supprimé à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 27). La même modification a été apportée au projet de recommandation 236, qui traite aussi de la question de la coopération “dans toute la mesure possible”.

32. Conformément aux décisions que le Groupe de travail a prises à sa trente-septième session en ce qui concerne le projet de recommandation 250 (A/CN.9/686, par. 52 et 55):

a) Le chapeau indique désormais que la coopération “peut” être assurée, ce qui permet d’aligner, comme dans d’autres exemples, le texte sur l’article 27 de la Loi type et sur le projet de recommandation 241;

b) L’alinéa c) ne fait plus référence à la répartition des pouvoirs entre les représentants ni à l’assignation d’un rôle prépondérant à un seul représentant.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la proposition suivante. Les mots entre crochets à la fin de l’alinéa d) du projet de recommandation 250 ont été ajoutés pour aligner le texte sur celui du projet de recommandation 236. Une référence à la communication avec les créanciers et aux réunions de créanciers a également été ajoutée à cet alinéa d) pour les mêmes motifs que ceux invoqués plus haut en ce qui concerne le projet de recommandation 236.

2. Nomination d’un représentant de l’insolvabilité unique ou du même représentant de l’insolvabilité – clause relative à l’objet, projet de recommandation 251

34. Comme l’a demandé le Groupe de travail à sa trente-septième session (A/CN.9/686, par. 58 et 60):

a) La clause relative à l’objet a été développée;

b) Les mots “le tribunal décide qu’une telle mesure sert au mieux les intérêts de la procédure d’insolvabilité concernée” ont été supprimés du projet de recommandation 251. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu’un libellé similaire est encore employé dans la recommandation équivalente qui traite du contexte national, à savoir le projet de recommandation 232.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter les deux variantes proposées, au choix, entre crochets dans le projet de recommandation 251, à savoir “loi sur l’insolvabilité” ou “loi applicable”.

D. Utilisation d’accords d’insolvabilité internationale – projet de recommandation 253

36. Les mots “dans la mesure permise ou de la manière exigée par la loi applicable” ont été supprimés à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/686, par. 63).

E. Recommandations supplémentaires possibles

37. À sa dernière session, le Groupe de travail est convenu d'ajouter la recommandation 239 sur l'accès aux tribunaux et la reconnaissance des procédures étrangères, qui aiderait le représentant étranger à demander une coopération dans le cadre de la procédure locale. Cette recommandation vise les demandes "provenant de l'étranger".

38. Outre qu'elle donne la possibilité aux tribunaux de l'État adoptant de traiter les demandes de reconnaissance provenant de l'étranger, la Loi type vise également les demandes "adressées à l'étranger", en permettant à ces mêmes tribunaux de demander une assistance ou des informations à des tribunaux étrangers (article 25-2). Elle traite également des pouvoirs que le représentant de la procédure locale peut exercer "à l'étranger", en ce qu'elle l'autorise à demander à un tribunal étranger la reconnaissance de cette procédure et une assistance dans cette procédure (voir le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne, par. 26 et 27). L'article 5 autorise le représentant de l'insolvabilité "à agir dans un État étranger au titre de la procédure locale dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet". Les projets de recommandations traitent des demandes adressées à l'étranger par le tribunal (projet de recommandation 242), mais ils ne prévoient pas l'équivalent de l'article 5. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question devrait être abordée et, dans l'affirmative, quelle serait la solution appropriée. Une possibilité serait d'ajouter un projet de recommandation inspiré de l'article 5, comme suit:

"La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises d'agir dans un État étranger au titre de cette procédure dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet."

39. Une autre possibilité serait de suivre le libellé de l'article 25 et d'ajouter les mots "ou de leur demander directement des informations ou une assistance" dans le projet de recommandation 248, comme suit:

"248. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité nommé pour administrer la procédure d'insolvabilité visant un membre d'un groupe d'entreprises, dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, de communiquer directement avec les tribunaux étrangers, ou de leur demander directement des informations ou une assistance, au sujet de cette procédure et des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États à l'encontre de membres de ce groupe."

E. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Travaux futurs	1-33
A. Introduction	1-5
B. Informations générales sur les sujets proposés pour les travaux futurs possibles	6-33

III. Travaux futurs

A. Introduction

1. À sa trente-septième session en 2009, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs. Le rapport de cette session (A/CN.9/686, par. 127 à 130) note que le Groupe de travail était saisi d'une proposition de l'Union Internationale des Avocats (UIA) concernant une éventuelle convention internationale dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, qui pourrait aborder les questions suivantes:

- a) L'accès des représentants de l'insolvabilité étrangers aux tribunaux;
- b) La reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère (qui permettrait de conférer à cette procédure les droits d'une procédure nationale ou qui entraînerait l'ouverture d'une procédure secondaire); et
- c) La coopération et la communication entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux.

2. Si un accord sur ces questions semblait possible, la convention internationale pourrait également, selon cette proposition, contenir des dispositions sur:

- a) La compétence directe ("convention double");
- b) La loi applicable ("convention triple", pourrait faire l'objet d'un protocole séparé).

3. Parmi les autres sujets qu'il a été proposé d'envisager figuraient: la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité; l'insolvabilité des banques et autres institutions financières; la notion de centre des intérêts principaux d'une entreprise et les facteurs permettant de le déterminer, ainsi que des questions de compétence et de

reconnaissance; l'élaboration d'une loi type qui se fonderait sur le Guide législatif ou certains de ses aspects et qui comprendrait les recommandations en cours de finalisation sur les aspects internationaux du traitement des groupes d'entreprises; l'examen de l'adoption de la Loi type et la promotion d'une adoption plus large; l'insolvabilité des États souverains; et l'insolvabilité des entreprises publiques ou appartenant à l'État.

4. Plusieurs propositions ont bénéficié d'un appui préliminaire, mais on a noté que des informations plus détaillées seraient nécessaires pour faciliter la discussion, éventuellement à la session suivante du Groupe de travail. On a estimé que la faisabilité de certaines propositions serait fonction de l'étendue des travaux envisagés et, en ce qui concerne la proposition d'une convention internationale, de l'appui des gouvernements et de la coopération avec d'autres organisations internationales ayant compétence dans les sujets en question. L'élaboration d'une convention internationale a été appuyée, mais des réserves ont été exprimées sur la possibilité de parvenir à un accord, compte tenu en particulier des difficultés rencontrées dans le passé dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale. Quant aux autres propositions, notamment l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières, des informations supplémentaires étaient nécessaires sur les activités actuellement réalisées par d'autres organisations internationales afin de déterminer s'il était possible pour la CNUDCI de mener des travaux.

5. La présente note a pour objet de fournir des informations générales sur certains des sujets notés plus haut pour aider le Groupe de travail dans ses délibérations à sa trente-huitième session. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que beaucoup de ces informations sont de nature très provisoire et visent à ne donner qu'une brève introduction, l'accent étant mis en particulier sur les travaux entrepris par d'autres organisations ou sur des rapports identifiant des besoins particuliers. En se penchant sur les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs et en examinant s'il est souhaitable de faire une recommandation à la Commission à cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être également étudier s'il est nécessaire de disposer d'informations supplémentaires.

B. Informations générales sur les sujets proposés pour les travaux futurs possibles

1. La responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolubles ou proches de l'insolvabilité

6. À sa trente-huitième session en 2005, la Commission a examiné une proposition de l'International Insolvency Institute (III) sur les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/582/Add.6). Ce document sera mis à la disposition du Groupe de travail à sa trente-huitième session, pour information.

7. Ayant examiné cette proposition, la Commission a conclu¹ que "si la responsabilité des administrateurs et des dirigeants était un thème important, il risquait de soulever des questions de droit pénal qui n'entraient pas dans son mandat

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17), par. 209.*

ou des questions pour lesquelles il serait peut-être difficile de trouver des solutions harmonisées. Pour ces raisons, ce thème n'était peut-être pas aussi susceptible que les autres de faire l'objet de travaux futurs à ce stade."

8. Si le Groupe de travail estime que ce thème mérite d'être examiné plus avant à ce stade, il souhaitera peut-être examiner l'objet principal et la teneur de la proposition à la lumière des conclusions auxquelles est parvenue la Commission.

2. L'insolvabilité des banques et autres institutions financières

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que depuis quelques années, des travaux sont en cours au sein de plusieurs organisations internationales sur divers aspects de l'insolvabilité des banques et autres institutions financières, en particulier compte tenu de la crise financière mondiale. Il souhaitera peut-être prendre note du résumé figurant ci-dessous, concernant les travaux menés récemment par plusieurs organisations sur ce thème.

a) Banque mondiale et Fonds monétaire international

10. En avril 2009, par exemple, la Banque mondiale et le Fonds monétaire international ont publié une étude intitulée "An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency", qui donne un aperçu des cadres juridique, institutionnel et réglementaire que les pays devraient mettre en place pour traiter les cas d'insolvabilité des banques. L'étude vise principalement à éclairer les travaux des fonctionnaires de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international (FMI) et à donner des orientations à leurs États membres. Elle porte exclusivement sur les cadres juridique, institutionnel et réglementaire pour les banques insolubles – à savoir, les institutions de dépôt; les autres types d'institutions financières ne sont pas couvertes. Elle s'intéresse en outre uniquement au contexte national; les questions relatives à l'insolvabilité des banques dans un contexte international ne sont pas abordées.

11. L'étude fait partie intégrante des travaux de la Banque mondiale et du FMI sur les questions relatives à la stabilité du secteur financier. Plusieurs projets sont actuellement en cours au sein du FMI sur des questions qui ne sont pas traitées dans le cadre de la présente étude, notamment un examen des questions juridiques et réglementaires qui se posent en cas d'insolvabilité d'institutions financières non bancaires, le traitement des instruments financiers complexes dans les procédures d'insolvabilité, et le cadre juridique des échanges d'informations entre les autorités nationales de contrôle du secteur financier et la surveillance et les interventions dans un contexte international.

12. Le rapport prend acte des travaux importants réalisés par d'autres organismes internationaux sur les questions relatives à la stabilité du secteur financier – par exemple, l'étude actuellement réalisée par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire concernant les questions liées à la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire.

b) Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

13. En septembre 2009, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a publié un document d'information intitulé "Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group", qui présente un ensemble de 10 recommandations

destinées aux autorités nationales pour améliorer la gestion et la résolution des crises transfrontalières dans le secteur bancaire. Ce document note les liens importants qui existent entre les opérations bancaires, l'insolvabilité et le droit des sociétés et, dans le contexte international, soulève de nombreuses questions examinées par le Groupe de travail V lors de ses délibérations sur les groupes d'entreprises. En particulier, il propose que:

“Les autorités nationales et les responsables politiques devraient examiner si les recommandations que la CNUDCI formule actuellement concernant les procédures de faillite judiciaire visant des groupes d'entreprises pourraient éclairer les travaux en cours destinés à améliorer la coordination des procédures de règlement des groupes et conglomérats financiers.”²

c) Union européenne

14. L'Union européenne a publié une communication intitulée “Un cadre de l'Union européenne pour la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire”, qui présente un aperçu des problèmes, des domaines examinés en rapport avec les mesures d'intervention précoce et de résolution de défaillance bancaire et vise à recueillir des avis sur la mise en place d'un cadre de résolution de défaillance bancaire au niveau de l'UE. Elle propose des objectifs généraux et une approche globale, mais ne cherche pas à définir des solutions précises à ce stade. Un large éventail de questions est examiné, de l'“intervention précoce”, qui englobe des actions d'intervention précoce des autorités de surveillance, visant à remédier à des irrégularités dans les établissements bancaires et à les aider à reprendre le cours normal des affaires, aux mesures de résolution de défaillance bancaire, aux mesures d'assainissement des banques en difficultés destinées à garantir la stabilité financière, la continuité des services bancaires et la revitalisation de la banque, et à la mise en place de cadres d'insolvabilité pour procéder à la liquidation de banques en faillite. La communication note les travaux de la CNUDCI sur les groupes d'entreprises, en particulier les moyens de faciliter le fonctionnement continu de l'entreprise en cours d'assainissement ou de liquidation en assurant l'accès continu aux fonds.

15. La communication poursuit en notant qu'il pourrait être souhaitable de faciliter davantage un traitement plus intégré des groupes d'entreprises, en particulier des groupes bancaires, en matière d'insolvabilité:

“Dans des circonstances clairement définies, le groupe pourrait être traité comme une entreprise unique afin de supprimer le sentiment d'inefficacité et d'injustice que provoque l'approche traditionnelle par entité. Si des techniques de ce type existent dans certains droits nationaux, leur application est nécessairement limitée aux entités relevant d'une même juridiction et d'un même régime d'insolvabilité. Pour développer des mesures similaires destinées à être utilisées dans des procédures d'insolvabilité relatives à des groupes bancaires transfrontaliers, il y aurait lieu de tenir compte du fait qu'il

² Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, par. 72, disponible en anglais à l'adresse suivante: <http://www.asbaweb.org/Consulta-Reporte.pdf>.

existe différents régimes d'insolvabilité ayant des règles de fond différentes, par exemple en matière de priorités et de prévention."³

3. La notion de centre des intérêts principaux d'une entreprise et les facteurs permettant de le déterminer, ainsi que des questions de compétence et de reconnaissance

16. Une proposition a été reçue de la délégation des États-Unis d'Amérique, qui est présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1. Le cadre dans lequel s'inscrit cette proposition est exposé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2.

4. L'élaboration d'une loi type qui se fonderait sur le Guide législatif ou certains de ses aspects, notamment sur les aspects internationaux du traitement des groupes d'entreprises

17. La proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique, présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, porte également sur ce thème.

18. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que dans ses délibérations sur les aspects internationaux du traitement des groupes d'entreprises, certaines des questions examinées portaient notamment sur la manière dont les solutions offertes par la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) pourraient s'appliquer aux groupes d'entreprises, en particulier s'agissant de faciliter la coopération internationale et de résoudre la question du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises (A/CN.9/647, par. 85 à 96; A/CN.9/666, par. 24 à 39; A/CN.9/671, par. 16 à 55).

19. Le Groupe de travail se rappellera peut-être également qu'il a reconnu, à sa trente-sixième session en 2009, que "si une présentation sous forme de loi type était souhaitable, il ne serait peut-être pas réaliste d'élaborer ce type de texte à ce stade, compte tenu du temps que pourrait exiger sa négociation, de la nécessité actuelle de dispositions sur les groupes d'entreprises dans le contexte de la crise financière mondiale et de la question de savoir si la négociation bénéficiait de l'appui nécessaire" (A/CN.9/671, par. 55). Pour ces raisons, et parce que le contenu des projets de recommandations examinés portait sur la loi interne, il est convenu d'insérer les recommandations sur le traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité dans la troisième partie du Guide législatif.

20. Le Groupe de travail souhaitera peut être également noter les paragraphes 5 et 6 du document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1, qui rappellent la discussion sur le centre des intérêts principaux dans le contexte des groupes d'entreprises et la difficulté d'obtenir, à l'échelle internationale, un accord général sur cette question afin de trouver une solution si possible contraignante, appliquée largement et uniformément, et apportant une certaine sécurité juridique et prévisibilité dans les procédures d'insolvabilité internationales des groupes d'entreprises. Il souhaitera

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, à la Cour de justice des communautés européennes et à la Banque centrale européenne: Un cadre de l'Union européenne pour la gestion des crises transfrontalières dans le secteur bancaire, COM (2009) 561 final, Bruxelles, 20/10/2009, disponible à l'adresse suivante: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0561:FIN:FR:PDF>, p. 15 à 19.

peut-être aussi rappeler qu'à sa trente-septième session, en 2009, les questions de l'accès aux tribunaux et de la reconnaissance des procédures ont été soulevées comme un préalable à la coopération internationale. Un projet de recommandation ayant pour effet que les lois sur l'insolvabilité portent sur ces questions a été ajouté aux recommandations qui seront insérées dans la troisième partie du Guide législatif.

5. L'examen de l'adoption de la Loi type et la promotion d'une adoption plus large

21. Le rapport de la trentième session de la Commission en 1997, à l'occasion de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, note que⁴:

“223. La Commission a été saisie d'une proposition selon laquelle, après avoir achevé ses travaux sur la Loi type, elle élaborerait soit des dispositions types en vue de la conclusion de traités, bilatéraux ou multilatéraux, sur l'entraide et la coopération judiciaires en matière d'insolvabilité internationale, soit un traité type en bonne et due forme. L'on a rappelé que cette possibilité avait été envisagée à la vingtième session du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/433, par. 16 à 20). Divers autres sujets ont également été proposés, dont il pourrait être utile de déterminer s'il convenait, et s'il était possible, de les traiter à l'échelle internationale: aspects législatifs de l'insolvabilité internationale dans le secteur bancaire et des services financiers, élaboration d'accords ou de pratiques types concernant la coopération internationale en matière de redressement des entreprises insolubles, résolution des conflits de lois en rapport avec l'insolvabilité internationale, et effets des procédures d'insolvabilité sur les conventions et procédures d'arbitrage.

224. Après avoir débattu la question, la Commission a été d'avis qu'il serait préférable, avant de se prononcer sur l'opportunité d'entreprendre des travaux en vue d'un traité type ou de se pencher sur l'un des autres sujets proposés, d'évaluer l'influence de la Loi type, d'en analyser les données d'expérience et d'attendre les résultats de travaux similaires menés par d'autres instances internationales, telles que l'Union européenne et, peut-être, l'Organisation des États américains. Il a été demandé au Secrétariat de suivre entre-temps la situation et de présenter, à une prochaine session de la Commission, des propositions quant à l'opportunité et la faisabilité de travaux de ce type.

225. Lors de l'examen de la version définitive de la Loi type, la Commission a accepté une proposition tendant à prier le Secrétariat de recueillir des informations sur la suite qui y serait donnée dans divers États et de suivre, en coopération avec les organisations compétentes, les pratiques, les données d'expérience ainsi que les problèmes qui découleraient de l'application de lois nationales s'inspirant de la Loi type. L'on a fait observer que l'organisation de colloques judiciaires tels que ceux qui s'étaient tenus au cours des travaux préparatoires à la Loi type pourrait permettre, par exemple, d'évaluer la situation.”

⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17).

22. En 2005, le Secrétariat a établi une brève note sur les évolutions liées à l'incorporation de la Loi type, exposant succinctement les modifications adoptées par les huit États ayant adopté une législation fondée sur la Loi type au 15 avril 2005 (A/CN.9/580).

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter les sommaires de jurisprudence concernant l'incorporation de la Loi type (CLOUT, numéros 72, 73, 76 et 92, d'autres numéros devant être publiés en 2010)⁵.

24. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter également que le huitième Colloque judiciaire multinational s'est tenu à Vancouver (Canada) en mai 2009. Le neuvième Colloque se tiendra à Singapour en 2011. Ces colloques examinent notamment l'évolution de la situation eu égard à l'utilisation et à l'adoption de la Loi type.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner quelles autres informations pourraient être collectées et diffusées eu égard à l'incorporation de la Loi type.

6. L'insolvabilité des États souverains

26. Au début des années 2000, on s'est vivement intéressé à l'insolvabilité des États souverains et à la nécessité d'élaborer des mécanismes pour traiter les questions qu'elle soulevait. Divers mécanismes ont été proposés, notamment par le FMI. Après la crise financière de 2008, la nécessité d'un tel mécanisme a été examinée plus avant par plusieurs instances, notamment au sein du système des Nations Unies. En examinant ce thème et les possibilités de travaux futurs de la CNUDCI, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter les informations ci-après, qui donnent un bref aperçu de l'état actuel de l'élaboration de ces mécanismes.

27. Le Rapport de la Commission d'experts du Président de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les réformes du système monétaire et financier international du 21 septembre 2009⁶ examine les mécanismes actuellement disponibles pour traiter le défaut de paiement des États souverains et la restructuration de la dette souveraine, et note, entre autres, que:

“63. Le ‘système’ existant (ou plutôt l’absence de système’) est né de réponses intergouvernementales fragmentaires et essentiellement ponctuelles pour gérer les crises de dette souveraine ces 50 dernières années. Les solutions fournies par le système actuel mettent du temps à être adoptées et ne sont pas suffisantes. Le système appliqué aux débiteurs souverains est par conséquent clairement inférieur à celui fourni par les régimes d’insolvabilité nationaux dans de nombreux pays pour les sociétés et les entités publiques sous-souveraines.”

⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html.

⁶ Disponible en anglais à l'adresse suivante: <http://www.un.org/esa/desa/desalert/2009/Nov/UNFinalReport.pdf>, par. 59 à 84.

28. Dans des recommandations préliminaires⁷, la Commission a recommandé ce qui suit:

“71. Il importe d’urgence de renouveler l’engagement à concevoir un mécanisme équitable et généralement acceptable de restructuration de la dette souveraine, complété par un cadre amélioré pour la gestion des faillites transfrontières. On pourrait songer à cet égard à la création d’une structure indépendante, comme un tribunal international des faillites. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international fournit un modèle qui pourrait être étendu à l’harmonisation de la législation nationale sur les litiges transfrontières portant sur le commerce des services financiers.”

29. Un rapport de 2009 du Secrétaire général, “Pour un règlement durable du problème de la dette des pays en développement”⁸, conclut:

“63. Si elle se poursuit, la dégradation de la situation économique risque d’amener certains pays ayant pourtant accès aux marchés financiers internationaux à une cessation de paiements sur leur dette souveraine. Il est donc regrettable que la conception d’un mécanisme visant à faciliter le règlement du problème de l’insolvabilité de certains États occupe une place aussi marginale dans les débats internationaux. Le document final de la Conférence des Nations Unies sur la crise financière et économique mondiale souligne la nécessité d’un cadre mieux structuré de coopération internationale dans ce domaine (A/CONF.214/3, par. 34). Il serait également souhaitable que la communauté internationale examine et encourage un meilleur contrôle des opérations de prêt et d’emprunt.”

7. L’insolvabilité des entreprises publiques ou d’État

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter dans quelle mesure ce thème a déjà été examiné lors de l’établissement du Guide législatif.

31. En décembre 2000, la CNUDCI a tenu un colloque international pour examiner ses travaux futurs dans le domaine du droit de l’insolvabilité. Elle a entre autres examiné la portée de tels travaux, notamment la question de savoir si la loi de l’insolvabilité devait viser par exemple les banques, les compagnies d’assurance et les entreprises publiques. Il a été suggéré, si l’on incluait les entreprises publiques dans le champ d’application de la loi de l’insolvabilité, qu’il faudrait peut-être prendre tenir compte d’importantes considérations sociales, notamment des sensibilités culturelles, des problèmes de compatibilité avec le tissu social et des buts et objectifs du régime de l’insolvabilité, eu égard à ces types de débiteurs dans différentes sociétés, et étudier leurs effets sur les critères d’admissibilité.

32. Lors de l’élaboration du Guide législatif, la position prise au sujet des entreprises publiques était que la loi sur l’insolvabilité s’appliquait à de telles entreprises lorsqu’elles exerçaient des activités économiques et affrontaient la

⁷ Transmises à l’Assemblée générale par le Président de l’Assemblée générale le 19 mars 2009, disponible à l’adresse suivante: <http://www.un.org/ga/president/63/letters/CommissionExperts200309.pdf>.

⁸ A/64/167, 24 juillet 2009, soumis à l’Assemblée générale conformément à la résolution A/63/206: Dette extérieure et développement: Pour un règlement durable du problème de la dette des pays en développement.

concurrence sur le marché comme des entités économiques ou commerciales à part entière et qu'elle avaient les mêmes intérêts commerciaux et économiques que les entreprises privées. Le Guide législatif note l'avantage de soumettre ces entreprises à la discipline du régime de l'insolvabilité, mais aussi la nécessité de réduire les conflits d'intérêts au minimum en ce qui concerne le rôle joué par l'État à l'égard de ces entreprises. Il note en outre que des exceptions à la règle consistant à appliquer une loi générale sur l'insolvabilité à de telles entreprises sont parfois nécessaires, par exemple lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un vaste programme de privatisation, mais il n'examine pas ces exceptions en détail (Guide législatif, deuxième partie, chap. I, par. 8 à 10 et recommandation 8).

33. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers de la Banque mondiale présentent des similitudes avec l'approche adoptée dans le Guide législatif, et le principe C.3 prévoit que:

“La procédure d'insolvabilité s'applique à toutes les entreprises ou sociétés, y compris les entreprises publiques. Les exceptions devraient être limitées et clairement indiquées, et relèveront d'une loi distincte ou de dispositions particulières de la législation sur l'insolvabilité.”

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant l'élaboration d'une loi type ou de dispositions types sur certaines questions relatives au droit de l'insolvabilité internationale

[Le cadre dans lequel s'inscrit cette proposition est exposé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2.]

1. Cela fait plus d'une décennie que la CNUDCI fait œuvre pionnière en élaborant des lois et textes types aux fins de la réforme du droit de l'insolvabilité, dont la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et le Guide pratique sur les accords internationaux. Afin de compléter cet ensemble de textes, notre délégation souhaiterait recommander que le Groupe de travail V se consacre à l'avenir notamment à l'élaboration d'une loi type ou de dispositions types sur certaines questions relatives au droit de l'insolvabilité internationale.

2. Au cours de l'année passée, un certain nombre de demandes ont été adressées à des organes d'assistance bilatéraux et multilatéraux pour qu'ils fassent la synthèse des aspects pertinents de la Loi type de la CNUDCI, du Guide et du Guide pratique afin d'en faciliter l'examen dans l'optique de l'élaboration de nouvelles lois sur des matières concernant l'insolvabilité des entreprises, en particulier dans un contexte international. Cela avait poussé notre délégation à recommander d'envisager des travaux sur deux sujets possibles. Le premier traiterait du problème de l'imprévisibilité concernant la détermination du centre des intérêts principaux, terme utilisé dans la Loi type de la CNUDCI et ailleurs. Un certain nombre de juridictions ont rendu des décisions qui divergent quant à l'interprétation et l'application des dispositions de la Loi type sur l'insolvabilité internationale; la CNUDCI pourrait offrir des directives sur la façon dont certains aspects de la Loi type, notamment pour ce qui est du centre des intérêts principaux et de l'établissement, devraient être interprétés et appliqués. Ce sont là des questions sur lesquelles il faut se pencher.

3. Comme second sujet possible, nous recommandons l'élaboration d'une loi type ou de dispositions types sur des questions d'insolvabilité internationale touchant des groupes d'entreprises, sur la base de la troisième partie du Guide législatif et du Guide pratique. Nous avons conscience que sur certaines questions, il est possible que plusieurs approches soient adaptées et qu'il soit, notamment pour cette raison, souhaitable d'examiner diverses approches de sorte que la loi type ou les dispositions types comportent les variantes voulues. Parmi les sujets qui pourraient être examinés, nous suggérons la compétence, l'accès et la reconnaissance.

4. Nous recommandons que le Groupe de travail V discute de ces propositions à sa trente-huitième session en avril 2010 et que celles-ci soient examinées en vue de leur adoption à la prochaine session plénière vers la fin du premier semestre de 2010. Nous proposons également que la Commission laisse au Groupe de travail suffisamment de latitude pour que celui-ci puisse apprécier les aspects de ces sujets qui méritent de retenir l'attention.

5. Ce qui nous a poussés à faire ces suggestions, c'est la constatation que la crise mondiale actuelle a considérablement restreint les échanges et le commerce entre États. La CNUDCI ayant pour mandat de promouvoir les échanges et le commerce dans le monde entier, elle doit se demander comment elle peut contribuer à alléger la crise financière actuelle en faisant progresser la réforme du droit de l'insolvabilité.

6. La crise économique actuelle a non seulement une ampleur mondiale, mais est aussi la pire depuis des décennies, ce qui en fait l'un des défis les plus difficiles à relever. Des centaines de milliers de travailleurs sont au chômage à cause d'elle et de nombreuses entreprises ont fait faillite. Bon nombre d'entre elles, alors qu'elles auraient pu être maintenues en activité, ont dû être liquidées ou vendues dans des conditions qui excluent leur maintien en fonction. Des lois modernes et efficaces sur l'insolvabilité et des capacités de coopération internationales auraient sans doute permis d'aboutir à un résultat moins catastrophique. De ce fait, de nombreux États revoient actuellement leur législation en matière d'insolvabilité et cherchent à déterminer comment la réformer pour résoudre ces problèmes et relever les défis du monde moderne. Étant donné l'expertise considérable en droit de l'insolvabilité dont dispose le Groupe de travail V, entre les États membres et les États observateurs et les organisations non gouvernementales, et vu l'expérience considérable et déjà longue qu'il a de l'élaboration de produits conséquents et souvent complexes faisant intervenir la réforme de l'insolvabilité, les capacités sont là pour s'attaquer à des questions difficiles et complexes. Nous avons conscience qu'il existe, au niveau régional, d'autres instances qui pourraient se pencher sur ces questions, mais nous estimons qu'il est important que l'organe mondial qu'est le Groupe de travail, au sein duquel toutes les régions sont représentées, poursuive cette action.

7. Étant donné les problèmes mondiaux actuels qui se répercutent sur de nombreux États, il est très difficile à des États isolés de disposer des ressources voulues pour engager les experts nécessaires à une réforme adéquate de l'insolvabilité faisant intervenir des questions internationales. S'il leur était possible d'utiliser des ressources existantes et des textes types sur l'insolvabilité pour procéder à la réforme de leur législation en la matière, les États seraient généralement plus enclins à réviser et moderniser leurs lois sur l'insolvabilité. La modernisation et la réforme par les États de leur législation sur l'insolvabilité devraient susciter l'expansion des échanges et du commerce entre États grâce, en partie, à la prévisibilité et à la transparence qui en résulteraient.

8. La délégation des États-Unis d'Amérique propose donc que:

Le Groupe de travail V envisage de recommander à la Commission d'examiner ce type de proposition à sa prochaine session en vue de lui donner pour mandat d'offrir des directives sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type, dont le centre des intérêts

principaux et l'établissement, et d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant de certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance.

9. Nous saurions gré au Groupe de travail d'examiner cette proposition.

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique: document d'information

[Le présent document a été établi par la délégation des États-Unis d'Amérique à l'appui de sa proposition (voir A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) tendant à ce que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) envisage d'élaborer une loi type ou des dispositions types, ou de donner des orientations législatives, sur certains points du droit de l'insolvabilité internationale intéressant la question des groupes de sociétés et d'autres questions se posant dans un contexte international.]

1. La délégation propose un nombre restreint de questions bien circonscrites afin de rester dans les limites du réalisable. Il est possible que d'autres souhaitent ajouter des questions connexes, mais il lui semble qu'il convient d'éviter de trop élargir le champ des travaux. La forme à retenir pourra être examinée à un stade ultérieur, une fois que le contenu d'éventuelles recommandations ou orientations se précisera. La proposition part de l'hypothèse qu'aucune modification de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") n'est nécessaire. On pourrait élaborer des dispositions ou orientations supplémentaires relatives à la Loi type ou des recommandations ou orientations supplémentaires relatives au Guide législatif et/ou au Guide pratique.

A. Présentation

2. Les travaux actuels du Groupe de travail V ont fait ressortir la nécessité d'une clarification de questions transversales qui pourrait favoriser l'application des textes juridiques déjà élaborés par la Commission, y compris la Loi type, le Guide législatif et le récent Guide pratique. La meilleure façon d'aborder ces questions est de les situer dans le cadre de la Loi type. Les éclaircissements pourront être apportés dans des dispositions types distinctes, dans un supplément à la Loi type ou sous une autre forme. La Loi type et le Guide pour l'incorporation ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la résolution 52/158 du 15 décembre 1997. Depuis l'adoption de la Loi type par l'Assemblée, un certain nombre d'États l'ont adoptée. Voici la liste actuelle des États ayant adopté et incorporé la Loi type à leur législation nationale:

Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d'Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovénie (2007).

3. D'autres pays se sont basés sur la Loi type pour l'étude ou l'adoption de modifications de leur droit de l'insolvabilité et la jurisprudence créée dans ces pays sera aussi prise en considération.

Le préambule énonce l'objectif de la Loi type comme suit:

“La présente Loi a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants: a) assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale; b) garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements; c) administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur; d) protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et e) faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.”

4. Les idéaux et principes cités comme fondement de la Loi type sont aujourd'hui tout autant d'actualité et tout aussi importants que lorsque celle-ci fut élaborée.

5. Dans l'économie globalisée d'aujourd'hui, les États subissent une pression financière considérable en raison de l'état actuel de l'économie mondiale. Il est primordial, afin de promouvoir et développer les échanges et le commerce entre États (objectif principal de la CNUDCI), de disposer, tant au niveau national qu'international, de lois sur l'insolvabilité modernes et fonctionnelles. Cela est d'autant plus vrai dans les pays émergents et les pays en développement dont l'économie est plus fragile et pour lesquels la prévisibilité et la sécurité juridique sont, par conséquent, particulièrement cruciales.

6. À mesure que des lois sont promulguées, des décisions judiciaires interprètent et mettent en exergue les questions soulevées par leur mise en œuvre et leur interprétation. Les concepts de base et les idéaux de la Loi type continuent de fournir la base fondamentale, mais diverses questions qui ont été soulevées dans ces décisions de justice révèlent un besoin de réflexion et de clarification supplémentaires.

7. Si la majorité des procédures judiciaires résultant de la Loi type ne remettent pas en question le fait que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve être son siège statutaire, ce qui est la présomption de départ, un certain nombre de décisions ont soulevé des questions qui doivent être examinées et clarifiées. L'une d'elles est l'étendue de ce qui est recevable pour réfuter la présomption basée sur l'emplacement du siège statutaire (ou du lieu d'octroi de la personnalité morale dans le système de certains pays), une autre est le point de savoir s'il est possible de contester la décision d'un État donné de se reconnaître compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité ou autre décision analogue, ou encore celui de savoir quels critères peuvent être employés pour répondre à ces questions. L'harmonisation de ces critères pourrait être un facteur considérable d'amélioration de la prévisibilité dans cet important domaine du droit, d'autant plus que les apports du groupe ayant procédé à la négociation initiale de la Loi type auraient des chances d'être déterminants dans de nombreux pays.

8. Afin de mieux comprendre l'impact de ces questions, il est nécessaire d'examiner plusieurs des définitions fondamentales de la Loi type. Ces définitions sont les suivantes:

a) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation;

b) Le terme "procédure étrangère principale" désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux;

c) Le terme "procédure étrangère non principale" désigne une procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa f) du présent article;

d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère;

e) Le terme "tribunal étranger" désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère;

f) Le terme "établissement" désigne tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

9. Compte tenu de ces définitions fondamentales, l'article 16 de la Loi type énonce une présomption sur l'emplacement du centre des intérêts principaux d'une société. La présomption est la suivante: 3) "Sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux."

10. La Loi type n'indique pas quels preuves ou critères sont nécessaires afin de réfuter la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société est le siège statutaire de celle-ci.

11. Afin de mieux comprendre l'effet des diverses décisions de justice sur l'interprétation et l'application de la Loi type, il serait utile d'examiner un certain nombre d'affaires et de décisions. On commencera par des décisions rendues dans l'Union européenne, étant donné que la formulation de la Loi type relative au centre des intérêts principaux est la même que celle du Règlement n° 1346/2000 de l'Union européenne (le "Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité"). L'harmonisation représenterait une avancée importante, car, en dépit de cette formulation commune, les tendances divergent d'un pays à l'autre. La jurisprudence et la législation d'autres pays seront aussi examinées au stade initial si une étude du Secrétariat est autorisée.

B. Décisions basées sur le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité et sur la Loi type

12. Les affaires ci-après font ressortir différentes questions d'interprétation du Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité et de la Loi type.

1. Décisions basées sur le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité

a) DAISY TEK-ISA LTD Ors¹

13. Daisy Tek était une filiale d'une société américaine qui avait engagé aux États-Unis, le 7 mai 2003, une procédure de redressement sur le fondement du chapitre 11. Daisy Tek était elle-même une société de holding regroupant un certain nombre de sociétés européennes, dont trois sociétés allemandes et une société française. Elle approvisionnait en fournitures de bureautique des revendeurs et des distributeurs grossistes européens. Ses activités au Royaume-Uni étaient regroupées à Bradford, en Angleterre. Les trois sociétés allemandes avaient leur siège statutaire à Neuss, mais menaient en fait leurs affaires depuis Freilassing, Magdebourg et Mulhain. La société française avait son siège statutaire en France et exerçait ses activités depuis la France.

14. Daisy Tek engagea une procédure d'insolvabilité au Royaume-Uni en 2003. Le tribunal anglais devait d'abord trancher deux questions préjudicielles: quel était le centre des intérêts principaux de Daisy Tek et était-il compétent pour délivrer des ordonnances d'administration judiciaire concernant les sociétés française et allemandes. Pour ce faire, il se fonda sur le considérant 13 du préambule et l'article 3.1 du Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité. Le tribunal anglais décida finalement que le centre des intérêts principaux de Daisy Tek et des filiales française et allemandes était au Royaume-Uni et qu'il était compétent pour délivrer des ordonnances d'administration judiciaire à l'égard des sociétés française et allemandes. Le tribunal prit en compte le considérant 13 du préambule du Règlement qui dispose que le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et est donc vérifiable par des tiers. Le tribunal reconnut en outre que, en vertu de l'article 3.1, le centre des intérêts principaux de la société était présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu de son siège statutaire. Dans sa décision, le tribunal constata que la plus grande partie de la gestion des sociétés allemandes se faisait depuis le siège de Bradford, que le financement des sociétés allemandes était organisé au siège de Bradford et que 70 % des biens fournis aux sociétés allemandes l'étaient en vertu de contrats passés par la société de holding à Bradford. Le tribunal conclut en outre que les fonctions exercées à Bradford étaient très significatives et importantes et que, en comparaison, le rôle exercé au niveau local par les sociétés allemandes était limité. Le tribunal arriva à la même conclusion en ce qui concerne la société française.

15. Les ordonnances d'administration judiciaire prononcées par le tribunal anglais à l'égard de la société française furent d'abord accueillies avec incrédulité et annulées par le tribunal de commerce de Cergy-Pontoise, qui était convaincu que le tribunal anglais confondait les notions de filiale constituée en société à part entière et de simple succursale. Cependant, en appel, la cour d'appel de Versailles annula la

¹ Daisytek-ISA Ltd, Re [2003] B.C.C. 562 (Ch D (Leeds District Registry), 16 mai 2003).

décision de l'instance inférieure et valida l'ouverture de la procédure principale en Angleterre ainsi que la conclusion du tribunal anglais selon laquelle le centre des intérêts principaux se situait en Angleterre. La cour d'appel française statua que, sur la base du droit de l'Union européenne, une fois qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte par un État membre de l'Union européenne, tous les États membres devaient l'accepter. Cette décision fut par la suite entérinée par la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision sur l'affaire *Eurofoods* rendue dans le cadre de l'affaire *Parmalat*.

b) ROVER FRANCE SAS

16. Dans l'affaire *Rover France SAS*², le tribunal de commerce de Nanterre reconnut, en 2005, l'ouverture par un tribunal anglais d'une procédure étrangère principale pour une société française au sujet de laquelle il avait été conclu qu'elle menait ses activités depuis Birmingham et que le centre de ses intérêts principaux était également situé à Birmingham, en Angleterre. Cette affaire fit aussi l'objet d'un appel auprès de la cour d'appel de Versailles, qui confirma la décision de reconnaissance. La cour d'appel considéra qu'elle ne pouvait examiner comment le tribunal de première instance avait déterminé le centre des intérêts principaux, parce que la décision sur les faits avait déjà été prise par un autre État membre et que cette décision devait être respectée en vertu du Règlement européen. Ainsi, la cour d'appel statua que l'ouverture initiale d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre et le jugement sur les faits qui y était rendu concernant le centre des intérêts principaux prévalaient sur toute décision indépendante ultérieure par l'État reconnaissant sur la détermination correcte ou non du centre des intérêts principaux par l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité avait été ouverte.

c) EUROFOODS³

17. La détermination du centre des intérêts principaux par un État membre a de nouveau été contestée dans l'affaire *Eurofoods*. Parmalat était un conglomérat de sociétés dont le siège statutaire se trouvait en Italie et qui était actif dans plus de 30 pays et employait plus de 30 000 personnes à travers le monde. Après que des accusations de fraude eurent été confirmées à l'égard de Parmalat, plusieurs administrateurs et cadres liés à Parmalat furent emprisonnés par le Gouvernement italien. Le 23 décembre 2003, le Parlement italien adopta une loi prévoyant la mise sous "administration extraordinaire" de Parmalat et de ses filiales, et le 24 décembre 2003, la société mère de Parmalat fut admise à la procédure d'administration extraordinaire en Italie et un administrateur fut nommé.

18. Eurofoods était une société irlandaise dont l'activité principale était la fourniture de services financiers aux sociétés du groupe Parmalat. Eurofoods avait été constituée en société en 1997 et son siège statutaire se situait à Dublin, en Irlande. Le 27 janvier 2004, la Bank of America fit une demande de liquidation judiciaire auprès de la High Court irlandaise, qui à son tour nomma un liquidateur judiciaire provisoire pour Eurofoods. Celui-ci informa ensuite l'administrateur

² SAS Rover France, Re [2005] EWHC 874 (Ch).

³ Eurofood IFSC Ltd, Re (C-341/04) [2006] E.C.R. I-3813; Eurofood IFSC Ltd (n° 1), Re [2004] B.C.C. 383 (HC (Irl)); voir aussi *The Aftermath of "Eurofood" – Benq Holding BV and the Deficiencies of the ECJ Decision*, *Insolv. Int.* 2007, 20(6), 85-87, Christoph G. Paulus.

extraordinaire de Parmalat de l'ouverture de la procédure en Irlande et de sa nomination. En dépit de la nomination du liquidateur judiciaire provisoire par le tribunal irlandais, le 9 février 2004, le Ministère italien nomma l'administrateur extraordinaire de Parmalat administrateur extraordinaire d'Eurofoods en Italie. Au cours de la procédure, chacun des tribunaux décida, indépendamment de l'autre, que le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se trouvait dans son ressort.

19. Le tribunal irlandais décida que le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se trouvait en Irlande puisque celle-ci était constituée en société en Irlande et que son siège statutaire se situait à Dublin. Le tribunal conclut en outre que Eurofoods était soumise au contrôle du Ministère des finances irlandais et des autorités fiscales irlandaises et qu'elle était gérée sur la base d'un accord de gestion conclu avec la Bank of America en Irlande, que ses comptes annuels étaient établis et audités en conformité avec le droit et les principes comptables irlandais, que ses livres comptables étaient gardés à Dublin, que ses auditeurs étaient irlandais et que Eurofoods avait deux administrateurs irlandais et deux administrateurs italiens, mais que ces deux derniers avaient démissionné avant la demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Le tribunal italien décida que le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se trouvait en Italie puisque, entre autres, celle-ci était une filiale de Parmalat, les administrateurs d'Eurofoods étaient mandatés par Parmalat et toutes les décisions concernant les activités d'Eurofoods étaient prises en Italie par la société mère. Chacune de ces décisions fit l'objet d'un appel auprès des plus hautes instances de chaque pays, qui toutes deux confirmèrent la conclusion des instances inférieures selon laquelle le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se trouvait dans leur pays respectif.

20. Il fut ensuite fait appel auprès de la Cour de justice européenne, le tribunal commercial créé en coordination avec l'Union européenne pour trancher les différends commerciaux entre États membres. La Cour de justice européenne était compétente pour rendre un jugement final sur la question de savoir si le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se situait en Italie ou en Irlande.

21. La Cour de justice européenne statua que le centre des intérêts principaux d'Eurofoods se trouvait en Irlande. La Cour fonda sa décision sur plusieurs facteurs, dont le fait que la procédure d'insolvabilité avait été initiée et ouverte en Irlande, que le siège statutaire d'Eurofoods se situait en Irlande et que la présomption énoncée dans le Règlement de l'UE concernant l'insolvabilité, selon laquelle le centre des intérêts principaux se trouvait au lieu du siège statutaire n'avait pas été réfutée.

22. Bien que Parmalat consistât en un groupe de sociétés agissant au niveau mondial, la Cour de justice européenne se concentra, afin de déterminer le centre des intérêts principaux, sur le fait qu'Eurofoods était une société distincte à part entière au lieu de rechercher le centre des intérêts principaux pour l'ensemble du groupe Parmalat.

23. L'arrêt rendu par la Cour de justice européenne concernant Eurofoods confirme la position selon laquelle le tribunal devant lequel la procédure initiale d'insolvabilité est ouverte contrôle la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. L'arrêt Eurofoods étaye et appuie les décisions rendues par les tribunaux anglais dans l'affaire *Daisy Tek* et des affaires connexes.

d) MPOTEC GmbH⁴

24. Suite à l'arrêt Eurofoods de la Cour de justice européenne, le tribunal de commerce de Nanterre estima que le centre des intérêts principaux de MPOTEC GmbH se situait en France et ouvrit une procédure principale. Bien que constituée en société en Allemagne, MPOTEC GmbH faisait partie du groupe français de sociétés EMTEC. Le tribunal français conclut, en se basant sur le fait que les fonctions du siège social de MPOTEC GmbH étaient exercées en France, que le centre des intérêts principaux se trouvait en France. Les facteurs pris en considération afin de répondre à la question de la localisation du centre des intérêts principaux étaient que les réunions du conseil d'administration avaient lieu en France, que les principaux contrats de la société étaient soumis au droit français, que les relations d'affaires avec la clientèle étaient menées depuis la France, que la politique commerciale du groupe était définie en France, que l'autorisation de la société mère pour la conclusion d'engagements financiers était donnée en France, que la banque principale du débiteur se situait en France, et que la gestion centralisée de la politique d'achat, du personnel, de la comptabilité et du système informatique de la société se trouvait en France.

25. Le concept de la détermination du centre des intérêts principaux sur la base des "fonctions du siège social" fait suite aux décisions précédemment rendues sur la question en Angleterre et en Allemagne.

e) ENERGOTECH SARL, RE⁵

26. Dans cette affaire, le tribunal de commerce de Lure ouvrit une procédure principale pour une société polonaise faisant partie d'un groupe de sociétés français. Les mêmes critères que dans l'affaire *MPOTEC GmbH* furent appliqués. Alors que le siège statutaire et les opérations commerciales de la société polonaise se trouvaient en Pologne, le tribunal français conclut que les "fonctions du siège social" constituaient une preuve contraire suffisante pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la société se trouvait au lieu du siège statutaire de celle-ci.

27. Ces deux décisions des tribunaux français font du concept de "fonctions du siège social" un critère déterminant pour la localisation du centre des intérêts principaux. La question de savoir s'il s'agit là d'un critère adéquat pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société par un État membre reste ouverte puisqu'elle n'a pas encore été soumise à la Cour de justice européenne.

f) EUROTUNNEL FINANCE LTD.⁶

28. Le tribunal de commerce de Paris conclut, en accord avec les affaires précédentes, que le centre des intérêts principaux se trouvait en France et ouvrit une procédure principale, en dépit du fait que Eurotunnel Finance Ltd était une société constituée en Angleterre avec des bureaux et des activités en Angleterre.

⁴ MPOTEC GmbH [2006] B.C.C. 681 (Trib Gde Inst (Nanterre)).

⁵ Energotech Sarl, Re [2007] B.C.C. 123 (Ch).

⁶ Eurotunnel Finance Ltd. (tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006).

29. Le tribunal français décida que l'emplacement en France du centre des intérêts principaux de la société était vérifiable par des tiers sur la base de plusieurs facteurs. Ces facteurs comprenaient le fait que la gestion opérationnelle des entités de Eurotunnel était exercée par un conseil commun situé à Paris, que le siège statutaire des deux principales sociétés françaises du groupe, Eurotunnel SA et France Manche, se trouvait en France, que les salariés et les actifs se trouvaient également en France et que les négociations sur la restructuration de la dette de la société avaient lieu à Paris.

g) BEN Q HOLDING BV ET BEN Q OHG⁷

30. Dans une affaire non publiée, la société Ben Q OHG déposa une demande volontaire à Munich, en Allemagne, et un administrateur provisoire fut nommé par le tribunal de Munich. Ben Q Holding BV était constituée en société aux Pays-Bas et la plus grande partie des activités de la société hollandaise était réalisée à Munich. Les salariés de Ben Q OHG passaient jusqu'à 70 % de leur temps à travailler pour Ben Q Holding BV en Allemagne. Ben Q Holding BV avait aussi des salariés à Amsterdam qui travaillaient essentiellement pour d'autres sociétés du groupe.

31. Ben Q OHG déposa une première demande à Amsterdam puis, deux jours plus tard, une deuxième demande à Munich. Les tribunaux en charge de l'insolvabilité à Amsterdam et à Munich accordèrent les mesures provisoires demandées. Aucun des deux tribunaux ne décida si la procédure dans chacun des pays serait principale ou non.

32. Le juge allemand appela par la suite le juge hollandais, et après que les tribunaux eurent conféré, le juge allemand dit qu'il remettait au juge hollandais le soin de décider si la procédure hollandaise serait la procédure principale ou non. Le juge hollandais décida que la procédure principale serait celle des Pays-Bas.

h) MG PROBUD GDYNIA SP. Z O.O.

33. Le 21 janvier 2010, la Cour de justice européenne a rendu un avis développant son arrêt Eurofoods. Dans l'affaire *MG Probud*, le tribunal polonais ouvrit une procédure d'insolvabilité sur la base d'une demande déposée auprès de lui. MG Probud menait aussi des activités en Allemagne et, en raison de ses difficultés financières, n'était pas à même de payer ses ouvriers et les charges opérationnelles connexes. Une demande de saisie des actifs fut déposée en Allemagne afin de permettre le paiement des salaires des ouvriers et des charges opérationnelles. Les procédures polonaise et allemande donnèrent lieu à un différend, le liquidateur judiciaire polonais estimant que la procédure polonaise précédait la procédure allemande et que dès lors toutes les prétentions et tous les droits des créanciers, de quelque sorte ou nature que ce soit, devaient être réglés selon le droit polonais, dans le cadre de la procédure polonaise. Les autorités allemandes voulaient conserver assez d'actifs pour pouvoir payer les salaires des ouvriers et autres charges connexes et étaient donc très réticentes à l'idée de remettre ces actifs à l'administrateur polonais.

⁷ BenQ Holding BV, Re (non publiée, février 2007) (Allemagne).

34. La Cour de justice européenne décida que, une fois une procédure principale ouverte dans un État membre, les autres États membres de l'Union européenne devaient reconnaître et appliquer tous les jugements relatifs à cette procédure et ne pouvaient donc pas appliquer de mesures d'exécution sur les actifs du débiteur dans le cadre d'une autre procédure si cela était contraire aux lois du pays dans lequel la procédure principale avait été ouverte. La Cour de justice européenne a ainsi étendu la portée de son arrêt Eurofoods en considérant que les lois de l'État dans lequel la procédure principale était ouverte contrôlaient la liquidation des actifs de la société, où que ceux-ci soient localisés, même si ces lois étaient défavorables ou contraires à celles de l'État membre dans lequel se trouvaient les actifs.

2. Décisions fondées sur la Loi type⁸

35. Tel que signalé plus haut, 17 pays ont adopté la Loi type et d'autres envisagent de le faire. Un corpus de jurisprudence interprétant la Loi type s'est développé aux États-Unis et dans d'autres États qui l'ont adoptée.

a) TRADEX SWISS AG⁹

36. Tradex était une société dont le siège statutaire était situé en Suisse mais qui avait un bureau à Boston, au Massachusetts. Avant son insolvabilité, les activités de la société avaient été transférées de la Suisse à Boston. Les principales activités commerciales du débiteur étaient exercées depuis Boston. Tradex était une société d'achat et de vente de devises étrangères.

37. Avant qu'une demande de procédure d'insolvabilité n'ait été déposée, la Commission fédérale des banques suisses avait nommé deux enquêteurs pour mener une enquête sur Tradex qui était accusée de convertir les dépôts de ses investisseurs. Des salariés déposèrent ensuite à Boston une requête en ouverture d'une procédure obligatoire dite du "chapitre 7" à l'encontre de Tradex. À l'époque, Tradex avait 18 salariés à Boston et 2 en Suisse. Les enquêteurs suisses s'opposèrent à la demande d'ouverture d'une procédure du chapitre 7 et demandèrent à ce qu'une procédure dite du "chapitre 15" soit initiée, au motif que le centre des intérêts principaux de Tradex se situait en Suisse. Le tribunal américain concéda que le siège statutaire se trouvait en Suisse mais dit que la présomption selon laquelle une procédure ouverte en Suisse pourrait être la procédure principale devait être écartée du fait des preuves de l'étendue des activités de Tradex à Boston. Le tribunal conclut que la procédure en Suisse était une procédure non principale puisque Tradex exerçait une activité commerciale non transitoire en Suisse, ce qui indiquait que la société y avait un établissement.

b) SPHINX MANAGED FUTURES FUND LTD¹⁰

38. Une des premières demandes d'application de la Loi type telle que promulguée par les États-Unis fut déposée par la société Sphinx Ltd. Le 31 juillet 2006, les

⁸ Les références, dans la section ci-après, aux chapitres 7, 11 ou 15 renvoient aux chapitres correspondants du Code fédéral des faillites des États-Unis (*US Bankruptcy Code*). Le chapitre 15 est celui qui incorpore la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dans la législation fédérale des États-Unis.

⁹ Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34 (Bankr.D.Mass. 2008).

¹⁰ SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103 (Bankr.S.D.N.Y. 6 septembre 2006).

coliquidateurs officiels de Sphinx Managed Futures Fund STC, agissant sous la supervision de la “Grand Court” des îles Caïmanes, déposèrent une demande de reconnaissance [d’une procédure ouverte aux îles Caïmanes] sur le fondement du chapitre 15. Le 16 août 2006, à l’issue d’une audience contradictoire, le tribunal fit en partie droit à la demande, la rejeta en partie et retint certaines questions pour une décision écrite postérieure.

39. Le tribunal statua que la procédure des îles Caïmanes pour laquelle les coliquidateurs officiels avaient été nommés était bien une procédure étrangère et examina si celle-ci devait être reconnue comme procédure étrangère principale ou non principale. Dans sa décision écrite, il constata que les fonds de Sphinx Ltd étaient des fonds spéculatifs dont l’activité consistait en l’achat et la vente de titres et de produits de base. Le siège statutaire de Sphinx Ltd se trouvait aux îles Caïmanes. Le tribunal remarqua que Sphinx Ltd était constituée en société selon la loi des îles Caïmanes sous une forme qui faisait qu’il était interdit par ladite loi à ses fonds d’exercer toute activité commerciale ou d’affaires aux îles Caïmanes. Le tribunal prit note du fait que les fonds Sphinx n’avaient pas d’employés ni de bureaux physiques aux îles Caïmanes et qu’il s’agissait d’un fond spéculatif géré par une société du Delaware, sise dans la ville de New York, en vertu d’un contrat de gestion qui laissait à celle-ci tout pouvoir de décision. Le tribunal statua que, bien que remplaçant l’ancienne section 304 du Code des faillites, le chapitre 15 reprenait de cette section le concept de courtoisie internationale (comity). À certains égards, dit le tribunal, le chapitre 15 renforçait le standard de flexibilité maximale sous-jacent à l’ancienne section 304, grâce aux principes qui sous-tendaient le concept de centre des intérêts principaux et aux possibilités qu’il donnait de respecter les lois et jugements d’autres nations.

40. Le tribunal nota que le véritable point en litige était celui de savoir si la procédure des îles Caïmanes devait être reconnue comme procédure étrangère principale ou non principale. À ce sujet, il reconnut que, en vertu de l’article 16, paragraphe 3 du chapitre 15, la procédure des îles Caïmanes était présumée être une procédure étrangère principale en raison de l’emplacement du siège statutaire de la société. Le tribunal trouva très convaincant le récent avis rendu par la Cour de justice européenne dans l’affaire *Eurofoods*, selon lequel l’un des facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux d’un débiteur était le lieu où celui-ci gérait habituellement ses affaires si cela était vérifiable par des tiers. Sur la base des preuves qui lui furent présentées, le tribunal conclut que la procédure des îles Caïmanes ne pouvait être reconnue comme procédure étrangère principale, mais il accepta de la reconnaître, sur la base du chapitre 15, comme procédure étrangère non principale, en dépit des éléments prouvant que le fonds n’avait pas, aux îles Caïmanes, d’“établissement” au sens de la Loi type.

41. La décision du tribunal dans l’affaire *Sphinx Ltd* fut très critiquée par de nombreux universitaires et praticiens en raison de son utilisation du concept de courtoisie internationale comme base pour la reconnaissance d’une procédure étrangère non principale, en dépit de l’absence de preuve de l’existence d’un établissement. Les critiques étaient axées sur le fait que la Loi type avait été conçue pour promouvoir la transparence et la prévisibilité et que tout écart par rapport à ses dispositions allait à l’encontre de cet objectif. Elles faisaient aussi valoir qu’il n’y avait pas assez de preuves pour considérer la procédure Sphinx Ltd comme une procédure étrangère, qu’elle soit principale ou non principale, et que la

reconnaissance aurait donc dû être refusée puisqu'elle devait être accordée sur la base légale et juridictionnelle offerte par la Loi type et non pas sur celle de la simple courtoise.

c) TRI-CONTINENTAL EXCHANGE LTD¹¹

42. Cette affaire concernait une société constituée suivant les lois de Saint-Vincent-et-les Grenadines. Un créancier de la société avait déposé une demande de reconnaissance en tant que procédure étrangère non principale de la procédure d'insolvabilité concernant les sociétés d'assurances du débiteur qui avait été ouverte à Saint-Vincent-et-les Grenadines.

43. Une demande de mise en liquidation de Tri-Continental Exchange Ltd et Alternative Exchange Ltd avait été déposée auprès du Tribunal suprême des États des Caraïbes orientales et des coliquidateurs provisoires avaient été nommés. Les seuls bureaux des débiteurs se situaient à Kingston, à Saint-Vincent. Les débiteurs offraient des assurances fictives et s'étaient fait payer par des clients situés aux États-Unis et au Canada plus de 45 millions de dollars de primes. Les États-Unis avaient saisi 1,6 million de dollars et les coliquidateurs demandaient, dans leur demande de reconnaissance fondée sur le chapitre 15, que ce montant leur soit remis.

44. Suite à des audiences contradictoires, le tribunal fit droit à la demande de reconnaissance des liquidateurs et décida que la procédure de Saint-Vincent était une procédure étrangère principale. Les preuves dont il disposait démontraient que les activités de Saint-Vincent étaient les seules activités de la société et il accepta donc de remettre les fonds aux liquidateurs mais maintint aux États-Unis la compétence juridictionnelle pour déterminer leur répartition entre les créanciers.

d) BEAR STEARNS HIGH GRADE STRUCTURED CREDIT STRATEGIES MASTER FUNDS LTD¹²

45. Les solutions retenues dans la décision *Sphinx Ltd* furent revues dans l'affaire *Bear Stearns*. Les coliquidateurs provisoires des îles Caïmanes avaient déposé, sur le fondement du chapitre 15, une demande de reconnaissance en tant que procédure étrangère principale ou non principale de la procédure visant le Fonds Bear Stearns ouverte aux îles Caïmanes. La demande de reconnaissance n'était pas contestée et, à l'issue d'une audience non contradictoire, le tribunal décida que les preuves à sa disposition ne suffisaient pas pour établir que la procédure des îles Caïmanes devait être reconnue comme étant une procédure étrangère, principale ou non principale. La demande fut donc rejetée.

46. Les faits étaient similaires à ceux de l'affaire *Sphinx Ltd*, dans la mesure où Bear Stearns était une société exonérée qui n'avait pas le droit d'exercer d'activités commerciales ou d'affaires aux îles Caïmanes. Le tribunal constata que les activités d'investissement de Bear Stearns étaient menées essentiellement aux États-Unis, à

¹¹ Tri-Continental, 349 B.R. 627 (Bankr.E.D.Cal. 2006).

¹² Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 389 B.R. 325 (Bankr.S.D.N.Y. May 27, 2008); Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 374 B.R. 122 (Bankr.S.D.N.Y. 5 septembre 2007); voir aussi *Bear Stearns Appeal Decision*, 17 J. Bankr. L. & Prac. 5 Art. 3, Glosband (août 2008).

New York, et que si la procédure ne pouvait être qualifiée ni de principale ni de non principale, la reconnaissance ne pouvait être accordée. L'absence d'un établissement aux îles Caïmanes empêchait que la procédure qui y avait été ouverte puisse être considérée comme une procédure non principale sur le fondement de la Loi type. Il fut fait appel de cette décision auprès de la cour de district fédérale (*US District Court*), qui la confirma. Les liquidateurs officiels soutinrent en appel que la présomption de la section 1516, alinéa C, du chapitre 15 selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur devait se situer au lieu du siège statutaire de ce dernier n'avait été renversée par aucune preuve contraire. La cour de district, suivant en cela le juge de l'insolvabilité, statua qu'un juge était tenu de mener de façon indépendante des investigations sur toute question qui lui était soumise et que des preuves contraires avaient en fait été fournies à l'instance inférieure.

47. En l'espèce, la cour de district constata que l'instance inférieure avait, de manière indépendante, correctement examiné et analysé la question de savoir s'il existait des éléments de preuve justifiant la reconnaissance et si la présomption avait été réfutée. Elle se dit d'accord avec les conclusions du tribunal inférieur selon lesquelles Bear Stearns n'avait ni bureau ni employés dans les îles Caïmanes et n'y exerçait pas d'activités commerciales ou d'affaires puisqu'il s'agissait d'une société exonérée. Dans la mesure où des activités économiques non transitoires n'étaient pas menées par Bear Stearns aux îles Caïmanes (et ne pouvaient pas l'être), la société n'y avait pas d'établissement, si bien que la procédure qui y avait été ouverte ne pouvait pas être, en application de la loi, qualifiée de procédure étrangère non principale. La cour de district statua en outre que le centre des intérêts principaux de Bear Stearns ne se trouvait en fait pas aux îles Caïmanes mais aux États-Unis, réfutant ainsi la présomption fondée sur le lieu du siège statutaire.

48. L'arrêt rendu par la cour de district dans l'affaire *Bear Stearns* est considéré comme constituant un revirement par rapport à la décision rendue dans l'affaire *Sphinx Ltd*. La jurisprudence actuelle des États-Unis concernant le chapitre 15 conforte la position selon laquelle pour que la reconnaissance puisse être accordée, il faut que soit clairement rapportée la preuve que les conditions légales et juridictionnelles nécessaires pour conclure à l'existence d'une procédure étrangère principale ou non principale ainsi que d'un établissement sont réunies.

e) BASIS YIELD ALPHA MASTER¹³

49. Dans cette procédure relevant du chapitre 15, les coliquidateurs provisoires d'un débiteur dont le siège statutaire se trouvait aux îles Caïmanes cherchaient à ce que celles-ci soient reconnues comme le centre des intérêts principaux du débiteur. À cet effet, ils demandèrent au tribunal américain de reconnaître à la procédure ouverte aux îles Caïmanes la qualité de procédure étrangère principale.

50. Les avocats des liquidateurs provisoires se fondèrent sur la présomption selon laquelle le siège statutaire situé aux îles Caïmanes constituait le centre des intérêts principaux du débiteur. Le tribunal statua que des éléments de fait empêchaient qu'une reconnaissance soit accordée. Il nota que la société était une société exonérée, qu'elle ne pouvait de ce fait exercer des activités d'affaires dans l'île et que ses affaires étaient menées dans d'autres pays. La procédure ne pouvait donc

¹³ Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37 (Bankr.S.D.N.Y. 2008).

pas être qualifiée de procédure non principale, puisqu'il n'y avait pas d'établissement, et elle ne pouvait pas non plus être qualifiée de procédure principale puisque les faits réfutaient clairement la présomption d'une coïncidence entre le lieu du siège statutaire et celui du centre des intérêts principaux du débiteur. Cette décision est conforme à la logique de la décision Bear Stearns en ce qui concerne aussi bien les critères de reconnaissance que le devoir du tribunal de déterminer de façon indépendante si la reconnaissance devait être accordée.

f) ERNST & YOUNG INC (KLYTIE'S)¹⁴

51. L'affaire *Klytie's* concernait des sociétés canadienne et américaine. Klytie's était possédée à 80 % par des citoyens israéliens qui avaient vécu au Canada mais qui vivaient en Californie au moment de la demande. Le propriétaire des 20 % restants résidait dans le Colorado. Klytie's était accusée d'avoir escroqué des investisseurs dans une affaire de fonds d'investissements immobiliers. Après l'engagement d'une action en justice à l'encontre de Klytie's, le tribunal canadien nomma la société Ernst & Young pour assurer les fonctions de séquestres de la société canadienne.

52. Le séquestre déposa, à son tour, une demande de reconnaissance sur le fondement du chapitre 15, à laquelle s'opposèrent les créanciers des États-Unis. Ceux-ci soutenaient que, les frais administratifs étant plus élevés au Canada, moins de fonds seraient remis aux créanciers que si la procédure principale était menée aux États-Unis.

53. Le tribunal des États-Unis accorda la reconnaissance et conclut que la procédure canadienne était la procédure étrangère principale étant donné que le centre des intérêts principaux de Klytie's se trouvait au Canada. Le tribunal fonda sa décision sur les éléments suivants: les responsables de la société géraient les affaires depuis le Canada, les créanciers reconnaissaient que la société opérait au Canada, les principaux actifs de la société et le système de gestion de la trésorerie se trouvaient au Canada.

54. Le tribunal se fonda en outre sur les dispositions du chapitre 15 qui précisaient que celui-ci avait pour but de favoriser la coopération entre les tribunaux des États-Unis et ceux des pays étrangers.

g) AFFAIRE ROBERT ALLEN STANFORD, EN ANGLETERRE ET AU CANADA¹⁵

55. L'empire financier d'Allen Stanford s'effondra lorsque la "Securities and Exchange Commission" ("SEC") des États-Unis déposa une plainte à l'encontre de Allen Stanford et consorts qu'elle accusait de fraude boursière et de violation de la législation boursière. La SEC nomma un séquestre pour administrer la Stanford International Bank, la Stanford Group Company et des entités contrôlées par Allen Stanford et consorts. Entre-temps, en février 2009, la Commission de régulation des

¹⁴ Ernst & Young, Inc., 383 B.R. 773 (Bankr.D.Colo. 2008).

¹⁵ Stanford International Bank Ltd (In Receivership), Re (Ch D (Companies Ct)) Chancery Division (Companies Court) 2009 WL 1949459, 3 juillet 2009; Stanford International Bank Ltd., Re Superior Court of Quebec, 2009 CarswellQue 9216, 11 septembre 2009, and 2009 CarswellQue 9211.

services financiers d'Antigua-et-Barbuda (la "FSRC") nomma des administrateurs-séquestres provisoires pour la Stanford International Bank et la Stanford Trust Company à Antigua. Le tribunal d'Antigua ordonna ensuite la liquidation de la société et nomma des coliquidateurs chargés de la mener à bien.

56. Depuis l'ouverture de la procédure à l'encontre de la Stanford International Bank et des entités apparentées, M. Ralph Janvey (le "séquestre de la SEC") et MM. Hamilton-Smith et Wastell, les coliquidateurs dans la procédure ouverte à Antigua (les "liquidateurs") s'affrontent afin d'obtenir la reconnaissance dans plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et le Canada. Le très honorable juge Lewison de la Haute Cour de justice de Londres entendit les demandes de reconnaissance concurrentes du séquestre de la SEC et des liquidateurs qui soutenaient l'un que le centre des intérêts principaux se situait aux États-Unis et les autres qu'il se situait à Antigua, chacune des parties aspirant à contrôler les actifs situés au Royaume-Uni de la Stanford International Bank et des entités apparentées. Le 3 juillet 2009, le juge Lewison rendit un jugement solidement motivé et complet donnant gain de cause aux liquidateurs.

57. Le juge Lewison examina en détail le Règlement de 2006 sur l'insolvabilité internationale qui transpose la Loi type en Grande-Bretagne. La Haute Cour reconnut, comme point de départ, que le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, et que le centre des intérêts principaux de la banque était donc présumé être à Antigua. Elle reconnut aussi que, pour départager les demandes concurrentes, il lui fallait déterminer si le centre des intérêts principaux de la société se trouvait ou non dans le pays dans lequel celle-ci avait son siège statutaire. La Haute Cour examina les opérations de la Stanford International Bank à Antigua depuis la constitution en société en décembre 1990. Elle constata que la Stanford International Bank disposait, à Antigua, d'un département comptable, d'un département des ressources humaines, d'un département des technologies de l'information, d'un département des états de paie et de logiciels d'exploitation. Elle constata en outre que la Stanford International Bank acceptait des dépôts d'investisseurs du monde entier et en particulier d'Amérique du Nord, d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud. La Stanford International Bank émettait des certificats de dépôt depuis Saint John's, à Antigua.

58. La Haute Cour nota que dans la décision Bear Stearns, les facteurs à prendre en compte étaient: le lieu du siège statutaire du débiteur, celui où se trouvaient ceux qui géraient de fait le débiteur, celui où se trouvaient les principaux actifs du débiteur, celui où se trouvait la majorité des créanciers du débiteur qui seraient concernés par la procédure et le pays dont la loi s'appliquerait à la plupart des litiges. La Haute Cour constata en outre que la jurisprudence américaine ne prenait pas en considération le fait que le centre des intérêts principaux de la société devait être vérifiable par les créanciers. Elle conclut que, puisque le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, c'était au séquestre de la SEC qu'il appartenait de renverser la présomption et que celle-ci ne pourrait l'être que par des facteurs objectifs. De plus, ces facteurs objectifs ne compteraient que s'ils étaient aussi vérifiables par des tiers, s'ils étaient dans le domaine public et s'ils correspondaient à ce que des tiers pourraient apprendre dans le cours de relations d'affaires normales avec la société.

59. La Haute Cour se pencha ensuite sur la question de savoir laquelle des parties devait être considérée comme le représentant étranger. Elle conclut que la procédure

de la SEC ne constituait pas une procédure étrangère, si bien que le séquestre de la SEC n'était pas un représentant étranger au sens du Règlement sur l'insolvabilité internationale. Elle constata que la procédure de la SEC n'était pas une procédure d'insolvabilité, qu'elle n'avait pas pour but la protection de créanciers et qu'elle ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité.

60. La Cour se pencha ensuite sur la question de savoir si la liquidation à Antigua était une procédure étrangère. Elle constata qu'il s'agissait bien d'une procédure de liquidation, que le juge d'Antigua était convaincu que la Stanford International Bank était insolvable, que les liquidateurs avaient été nommés en application d'une loi relative à l'insolvabilité et que, par conséquent, ils pouvaient être reconnus comme les représentants étrangers d'une procédure étrangère. La Cour constata ensuite que les preuves présentées par le séquestre de la SEC ne suffisaient pas pour réfuter la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank se situait à Antigua. Ainsi, Antigua fut reconnue être le lieu du centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank. La Haute Cour reconnut aux liquidateurs la qualité de représentants étrangers d'une procédure étrangère principale, conformément aux dispositions correspondantes du Règlement sur l'insolvabilité internationale.

61. La procédure de reconnaissance suivante eut lieu au Canada. Le séquestre de la SEC et les liquidateurs déposèrent auprès de la Cour supérieure du district de Montréal, dans la province de Québec, des demandes de reconnaissance en tant que représentants étrangers. L'honorable juge Claude Auclair présida la procédure. La Cour commença par examiner la procédure menée au Royaume-Uni par le juge Lewison et nota que la procédure d'Antigua y avait été reconnue comme procédure principale et les liquidateurs comme représentants étrangers. La décision anglaise attribuait donc aux liquidateurs antiguis la disposition des fonds de la Stanford International Bank se trouvant au Royaume-Uni. La juridiction canadienne reconnut que la Haute Cour anglaise avait statué que le centre des intérêts principaux de la Stanford International Bank se trouvait à Antigua et que la procédure américaine était irrecevable en tant que procédure étrangère au motif que la nomination du séquestre américain ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité.

62. La juridiction canadienne procéda ensuite à une analyse de l'historique de la Stanford International Bank et des mesures prises par le séquestre de la SEC et les liquidateurs. Dans sa décision, la juridiction canadienne nota que la Partie XIII de la Loi du Canada sur la faillite et l'insolvabilité permettait à un demandeur de se voir reconnaître la qualité de représentant étranger s'il obtenait l'autorisation du tribunal, ce qui facilitait la coordination des procédures relatives à l'instance d'insolvabilité. La Cour affirma en outre que la Section 268, alinéa 6, de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité disposait que ladite section n'exigeait pas du tribunal qu'il rende une décision contraire au droit canadien ou qu'il donne effet à des décisions rendues par des tribunaux étrangers. La Cour admit que la collaboration entre États était importante, mais ajouta qu'elle devait sauvegarder les intérêts des créanciers canadiens et préserver les principes fondamentaux du système judiciaire canadien. Elle nota que toute personne qui se présentait devant elle pour lui demander d'exercer son pouvoir d'appréciation judiciaire devait le faire de bonne foi et avec "les mains propres".

63. La Cour constata que les liquidateurs avaient déposé une demande antérieure de reconnaissance et avaient omis d'en informer le séquestre de la SEC. Elle

constata aussi que les liquidateurs avaient pris possession d'actifs situés au Canada sans autorisation préalable d'un tribunal canadien et avaient effacé des documents électroniques originaux après en avoir fait des copies et les avoir transférés hors du Canada. La Cour constata en outre que les autorités gouvernementales canadiennes avaient mené une enquête sur la Stanford International Bank et que les liquidateurs n'avaient pas fourni les informations demandées et avaient commis des actes qui étaient illégaux puisqu'ils n'avaient pas qualité de syndic au regard du droit canadien. Elle conclut que le comportement des liquidateurs antiguais était manifestement illicite et inexcusable. La Cour rejeta la demande de reconnaissance des liquidateurs et accepta celle du séquestre de la SEC.

h) GOLD & HONEY LTD

64. En Janvier 2009, une demande d'ouverture de procédure au titre du chapitre 15 fut déposée auprès de la "United States Bankruptcy Court for the Eastern District of New York" (ci-après le Tribunal fédéral des faillites) par des séquestres israéliens dans le cadre d'une procédure de mise sous séquestre israélienne. Le débiteur avait auparavant déposé, auprès du Tribunal fédéral des faillites, une demande d'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 11. Le Tribunal fédéral des faillites avait rendu une ordonnance indiquant que tous les actifs concernés par la procédure du chapitre 11 relevaient de sa compétence. En dépit de cette ordonnance, le tribunal israélien auprès duquel la procédure de mise sous séquestre était en cours détermina qu'il était compétent et pouvait procéder à la liquidation des actifs situés en Israël. Une demande de reconnaissance en vertu du chapitre 15 fut ensuite déposée par les séquestres israéliens afin que les actifs faisant l'objet de la procédure new yorkaise soient transférés en Israël aux fins de la procédure israélienne.

65. Le Tribunal fédéral des faillites refusa la reconnaissance, ayant conclu que la procédure de mise sous séquestre n'était ni une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective et que, dans la mesure où les séquestres avaient violé les dispositions prévoyant la suspension automatique des poursuites, le refus de reconnaissance était justifié par l'exception d'ordre public du chapitre 15.

C. Questions pouvant être examinées par le Groupe de travail V dans le contexte de la proposition de la délégation des États-Unis concernant les travaux futurs

66. Suite aux diverses décisions de justice qui ont été rendues, aux divers articles qui sont parus et aux diverses discussions qui ont eu lieu depuis la formulation de la Loi type et la mise en application du Règlement de l'Union européenne qui suit la même approche que la Loi type, il est apparu qu'un certain nombre de questions avaient besoin d'être définies et clarifiées. D'autres questions pourront être proposées par le Secrétariat ou ajoutées par le Groupe de travail.

67. La délégation des États-Unis estime que le Groupe de travail V pourrait souhaiter examiner les questions suivantes:

1. Critères de détermination de ce qui constitue une procédure d'insolvabilité.

a) Une procédure de mise sous séquestre est-elle une procédure collective qui entre dans le cadre de la “procédure d’insolvabilité” au sens de la Loi type, du Guide législatif ou du Guide pratique?

b) Des critères permettant de déterminer les conditions fondamentales nécessaires pour qu’une procédure collective soit considérée comme une procédure d’insolvabilité devraient-ils être établis?

c) Des critères permettant de déterminer ce qui constitue une procédure d’insolvabilité et ce qui constitue une procédure collective devraient-ils être établis?

d) Si une procédure n’est pas une procédure collective, devrait-elle cependant pouvoir être reconnue au titre de la Loi type de la CNUDCI?

2. La compétence d’un tribunal est essentielle pour qu’il puisse agir et statuer sur les questions qui lui sont présentées.

a) Comme condition préalable à la reconnaissance, un tribunal devrait-il être convaincu qu’une procédure au titre de la Loi type est une procédure étrangère principale ou une procédure étrangère non principale?

b) Quelle procédure devrait être établie pour procéder à cette détermination de manière claire et nette? Un menu d’options devrait-il être élaboré afin de rendre le processus clair et net, de façon qu’il puisse être harmonisé dans la mesure du possible?

3. Dans quelles circonstances l’exception d’ordre public prévue à l’article 6 de la Loi type devrait-elle être retenue par un tribunal appelé à se prononcer sur des questions de reconnaissance en vertu de la Loi type?

a) Si un demandeur sollicitant la reconnaissance en vertu de la Loi type a violé les lois ou les procédures applicables dans le pays concerné, cela devrait-il permettre d’invoquer l’exception d’ordre public pour refuser la reconnaissance?

4. La Loi type pose clairement comme présomption que le siège statutaire de la société débitrice est le centre des intérêts principaux.

a) Faudrait-il établir clairement des critères concernant les preuves nécessaires pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve à son siège statutaire?

b) Des facteurs spécifiques, tels que, par exemple, l’emplacement du “centre névralgique” du débiteur, devraient-ils être retenus comme permettant de réfuter la présomption?

c) Le lieu physique des activités est-il un facteur à prendre en compte?

d) Le lieu de prise des décisions par la direction et depuis lequel la société exerce ses activités devrait-il être un facteur déterminant?

e) L’emplacement du débiteur devrait-il être prévisible et facilement vérifiable par les créanciers?

5. La durée pendant laquelle une société maintient le centre de ses intérêts principaux dans un pays donné devrait-elle être un facteur de détermination du centre des intérêts principaux du débiteur?
 - a) Le centre des intérêts principaux d'un débiteur devrait-il être déterminé à la date à laquelle la société avait effectivement des activités et des opérations commerciales ou d'affaires avant l'insolvabilité ou après, lorsque la société est insolvable et placée sous la direction d'un liquidateur judiciaire?
 - b) L'emplacement d'une activité commerciale ou d'affaires vérifiable par des tiers devrait-il être un facteur important pour renverser la présomption concernant le centre des intérêts principaux du débiteur?
6. Se pencher sur les questions ci-dessus dans le contexte d'un groupe de sociétés, aussi bien au niveau national qu'international.
7. Examiner la question de savoir s'il faudrait fournir des orientations supplémentaires sur la Loi type en ce qui concerne les questions de reconnaissance et d'exécution pour les affaires impliquant un groupe de sociétés.

D. Établissement de principes

68. Les principes relatifs aux questions et problèmes soulevés ci-dessus, qui ont déjà été établis par le Groupe de travail V, devraient être exposés et devraient servir de base pour l'établissement ultérieur de nouveaux principes. Le principe selon lequel le siège statutaire de la société débitrice est présumé être le centre des intérêts principaux de celle-ci est important et les raisons qui ont dicté ce choix devraient être détaillées lorsque le Groupe de travail V reviendra sur les questions de principe.
69. Lors de l'examen des questions soulevées ci-dessus, le Groupe de travail devrait indiquer la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle approche aiderait les tribunaux et autres usagers à comprendre ces orientations et à les suivre correctement. La même approche devrait être adoptée pour toute conclusion concernant les groupes d'entreprises par opposition aux débiteurs individuels.
70. Ces principes et explications concernant les choix retenus peuvent constituer une sorte d'"historique législatif" utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions ainsi que des textes supplémentaires que pourrait produire le Groupe de travail au sujet des questions soulevées plus haut. La réalisation de ces objectifs pourrait contribuer considérablement à permettre aux États d'obtenir des avantages économiques et de réduire le risque systémique en modernisant leur législation relative à l'insolvabilité des entreprises. Elle permettrait aussi bien de promouvoir le commerce international que de développer les capacités nationales.

RÉSUMÉ

71. Le présent document avait pour but d'exposer en détail certains des sujets que la délégation des États-Unis propose à l'examen du Groupe de travail. Cette liste n'est pas exhaustive et il appartiendra bien entendu au Groupe de travail de déterminer ce qui devra être proposé à la Commission à sa prochaine session plénière. La délégation des États-Unis recommande qu'il soit demandé à la Commission d'autoriser les travaux décrits dans les grandes lignes dans le présent document, qui pourraient être précisés par le Groupe de travail par la suite, et que le Secrétariat soit autorisé à réaliser, dans les limites des ressources disponibles, de nouvelles études à l'appui de cette recommandation.

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Proposition d'INSOL International: Les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité*

1. L'efficacité de la procédure d'insolvabilité est subordonnée à l'ouverture en temps utile de cette procédure. Cela est vrai, qu'il s'agisse de la liquidation des biens d'un débiteur ou de l'ouverture de la procédure de redressement visant à rétablir sa solvabilité. Trop souvent, c'est aux créanciers qu'il revient d'ouvrir la procédure car les administrateurs n'ont pu agir en temps voulu. Et pourtant de nombreuses lois sur l'insolvabilité sont censées imposer aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un certain délai suivant le début de l'insolvabilité.

2. Les obligations de cette nature sont rarement appliquées, et les études montrent qu'il s'agit là d'une obligation plus souvent violée que respectée. Cette situation s'explique pour plusieurs raisons, mais souvent, il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes de l'administrateur. Ces obligations théoriques ne sont pas respectées du fait de l'absence de menace réelle qui obligerait les administrateurs à ouvrir la procédure en temps utile.

3. On ne saurait surestimer l'importance de l'ouverture de la procédure à un stade précoce. En général, les ressources financières diminuent plus rapidement que de nombreuses parties pourraient le penser, et quand la situation financière d'une entreprise s'aggrave, la possibilité d'une restructuration viable s'amenuise rapidement. Alors que de nombreux pays font de nouveau une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités de restructuration et de sauvetage des entreprises, aucune mesure n'a été prise pour inciter les administrateurs et les dirigeants à mettre à profit les procédures ainsi offertes. C'est pourquoi le pourcentage d'entreprises pour lesquelles la liquidation est la seule option reste bien trop élevé dans de nombreuses régions du monde. De ce fait, des entreprises disparaissent, des emplois sont supprimés, des investissements sont gaspillés et le rythme de la reprise économique est plus lent qu'il ne conviendrait.

4. Mais ce n'est pas nécessairement une cause perdue. Dans certains pays, le recours à des procédures de redressement a été encouragé moyennant le remplacement de l'ancienne notion "opérations commerciales frauduleuses" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", qui fait que les administrateurs sont désormais vulnérables à la critique et aux sanctions financières dès lors qu'ils continuent de mener des activités au-delà du point où ils savent ou devraient savoir que l'entreprise ne sera pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

* Ce document a été soumis dès que possible après réception de la proposition.

5. En outre, pour favoriser une ouverture de la procédure d'insolvabilité à un stade précoce, des dispositions efficaces visant le rôle et les obligations des administrateurs et des dirigeants devraient permettre de promouvoir une bonne gestion des entreprises. Dans de nombreux pays, il n'existe pas de dispositions législatives prévoyant l'obligation de vigilance et des normes de qualification pour les administrateurs, alors que les tribunaux de certains pays appliquent la règle de *common law* relative au devoir de diligence raisonnable des administrateurs et des dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions. Les dispositions régissant la responsabilisation prévues par la loi pour négligence, manquement, faute d'exécution, violation d'une obligation ou abus de confiance sont inadaptées. INSOL International a entrepris des études approfondies sur le rôle et les devoirs des administrateurs et des dirigeants pendant la période précédant l'effondrement financier d'une entreprise et ces travaux pourraient être mis à la disposition d'un groupe de travail de la CNUDCI.

6. Une plus juste évaluation des responsabilités des administrateurs et des dirigeants pourrait également permettre de mieux prévoir la situation juridique de ces derniers et, partant, limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité plaident contre eux. Plus claires seront les responsabilités, plus prévisible sera la situation juridique des intéressés. En outre, des administrateurs plus expérimentés, qui ne tiendraient peut-être pas à participer à la gestion d'une entreprise en raison des risques associés à ce type de fonction en cas d'échec, seront davantage disposés à prendre part à cette gestion. Et ainsi, les bons capitaines également rejoindront le navire.

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Proposition de la délégation du Royaume-Uni pour l'élaboration de lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (y compris avant l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité, lorsque la société se trouve dans la "zone d'incertitude")*

[Le contexte dans lequel s'inscrit la présente proposition est décrit dans le document présenté à la trente-huitième session de la Commission par l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6).]

1. En élaborant la Loi type et le Guide législatif, la CNUDCI a établi un cadre moderne, harmonisé et équitable pour traiter efficacement les cas d'insolvabilité internationale tout en respectant les différences entre droits nationaux. Afin de compléter ces instruments, la délégation du Royaume-Uni recommande que le Groupe de travail V entreprenne, dans le cadre de travaux futurs, d'examiner et d'élaborer des lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants de sociétés dans les situations d'insolvabilité ou avant insolvabilité.
2. La Loi type s'articule autour de plusieurs principes essentiels, dont l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur, ainsi que la protection des biens du débiteur et l'optimisation de leur valeur. Pour faciliter l'application de ces principes, le Royaume-Uni estime qu'il importe d'élaborer des lignes directrices sur les obligations des administrateurs et dirigeants de sociétés lorsque celles-ci deviennent insolubles ou sont proches de l'insolvabilité. Ces lignes directrices renforceraient l'application de la Loi type et du Guide législatif en indiquant quels principes devraient sous-tendre les obligations des administrateurs et des dirigeants, envers qui ces derniers devraient être tenus de ces obligations et quelles sanctions les États pourraient envisager en cas de manquement de la part d'un administrateur ou d'un dirigeant auxdites obligations.
3. Le Royaume-Uni a conscience du fait que ces lignes directrices devraient être à la fois simples et générales. Les administrateurs et dirigeants de sociétés sont déjà soumis à une multitude de règles juridiques internes énonçant leurs obligations individuelles et collectives et toutes lignes directrices sur ce qu'il advient de ces obligations lorsqu'une société se trouve proche de l'insolvabilité devront être complémentaires des règles ou principes existants sur la question. De même, les lignes

* Le présent document a été soumis dès que possible après réception de la proposition.

directrices ne devraient pas porter atteinte à la liberté des administrateurs et dirigeants de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement de manière appropriée, ni décourager l'activité des entreprises. Elles devraient trouver un moyen terme qui permette d'encourager le comportement responsable des administrateurs et dirigeants sans décourager la prise de risque raisonnable ou les mesures destinées à refinancer ou à restructurer des sociétés confrontées à l'insolvabilité.

I. Caractéristiques des lignes directrices proposées

4. Ainsi qu'il est indiqué dans la proposition de l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), les lignes directrices devraient donner des orientations sur diverses questions parmi lesquelles les États pourraient choisir ou qu'ils pourraient modifier pour les adapter à leur situation. On trouvera ci-après une liste – qui ne se veut toutefois pas exhaustive – de questions, qui pourraient constituer un point de départ utile pour le Groupe de travail.

A. Administrateurs et dirigeants

5. Il importe de donner une définition des "administrateurs et dirigeants" pour déterminer les personnes ou groupes de personnes auxquels devraient s'appliquer les lignes directrices. Ces dernières devraient avoir une portée suffisamment large pour s'appliquer à l'ensemble des personnes et entités qui contrôlent de droit ou de fait une société.

B. Obligations des administrateurs et des dirigeants

6. Le droit ou les politiques de nombreux États Membres prévoient des normes ou des obligations pour les administrateurs et dirigeants. Par exemple, au Royaume-Uni, les obligations générales des administrateurs sont énoncées dans la Loi sur les sociétés (Companies Act) de 2006. Ceux-ci sont notamment tenus par la Loi d'une obligation de soin raisonnable (reasonable care), de compétence (skill) et de diligence. Les principes communs du devoir de loyauté imposent une obligation de soin et une obligation d'agir de bonne foi pour promouvoir le succès de la société (au profit de ses membres dans la plupart des cas). Toutefois, dans le droit du Royaume-Uni, ce devoir a effet sous réserve des règles obligeant les administrateurs, dans certaines circonstances, à tenir compte des intérêts des créanciers de la société ou à agir dans l'intérêt de ces créanciers. L'administrateur ou le dirigeant d'une société insolvable a un devoir de loyauté supérieur envers les créanciers de la société. Lorsque la société est proche de l'insolvabilité, les intérêts des créanciers prennent peu à peu le pas sur ceux des membres de la société. Ce fait est d'ailleurs reconnu au Royaume-Uni, où certains actes accomplis par un administrateur sont déclarés illicites une fois la société insolvable. On citera par exemple à cet égard les dispositions sur la faute de gestion (wrongful trading) dans la Loi sur l'insolvabilité (Insolvency Act) de 1986. Le Royaume-Uni estime que des lignes directrices sur le devoir de loyauté seraient d'une grande utilité aux États.

C. Période avant insolvabilité et insolvabilité

1. La zone d'incertitude

7. Ainsi qu'il est mentionné plus haut, l'insolvabilité d'une société ou l'imminence de son insolvabilité a des incidences sur les obligations d'un administrateur ou d'un dirigeant de la société. INSOL International a établi des rapports sur la question, où cette période est qualifiée de "zone d'incertitude" (twilight zone). C'est dans le contexte de cette étape de la vie de la société que les lignes directrices devraient traiter du comportement et des actes d'un administrateur ou d'un dirigeant. Il serait utile que les lignes directrices examinent quand débute cette période.

8. Pour déterminer quand débute cette période, il faut prendre en compte de nombreuses variables – dont la nature et la situation de la société ainsi que les compétences et les connaissances de ses administrateurs et dirigeants. Une solution simple serait de prendre comme référence le moment où l'administrateur ou le dirigeant savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable ou risquait de le devenir. Se pose aussi, par ailleurs, la question de savoir quand une société devient effectivement insolvable. Dans le droit du Royaume-Uni, une société est considérée comme insolvable dès lors qu'elle n'est plus en mesure de payer ses dettes à l'échéance ou que son passif excède son actif. Ces deux critères sont subjectifs et exigent un examen plus poussé de la situation et du contexte.

2. Procédure formelle d'insolvabilité

9. Il est plus facile de déterminer quand la société sort de la zone d'incertitude et quand commence la procédure formelle d'insolvabilité. La question est déjà abordée dans le Guide législatif.

10. Le Guide traite en outre des obligations des administrateurs et des dirigeants de sociétés en cas d'insolvabilité dans ses recommandations 108 à 114, en se référant aux obligations du débiteur (recommandation 110) de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs et à l'application de sanctions en cas de manquement à ces obligations (recommandation 114).

D. Fautes des administrateurs et des dirigeants

11. Il serait utile que les lignes directrices examinent les types de fautes qui sont le plus souvent associées aux administrateurs ou aux dirigeants de sociétés insolubles. En donnant des précisions sur ces types de fautes, ces lignes directrices pourraient en fait établir un ensemble de critères susceptibles de servir de référence pour juger la conduite d'un administrateur ou d'un dirigeant. Dans son rapport intitulé "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", la Banque mondiale recommande "à tout le moins, de sanctionner les conduites reposant sur la connaissance ou le mépris coupable des conséquences préjudiciables aux créanciers".

12. Nous proposons que le Groupe de travail, s'il le souhaite, examine pour commencer les questions suivantes lors de l'élaboration des lignes directrices:

a) Intention frauduleuse dans l'exploitation de la société (Fraudulent trading) – cas où un administrateur ou dirigeant a fait preuve de malhonnêteté ou de négligence dans la gestion de la société devenue insolvable au point que les activités de cette dernière ont été poursuivies dans le but de frauder les créanciers ou à d'autres fins frauduleuses;

b) Opérations destinées à frauder les créanciers – cas où un administrateur ou dirigeant d'une société est à l'origine d'un acte de transfert ou de disposition frauduleux des biens de la société;

c) Faute de gestion (wrongful trading) – cas où un administrateur ou dirigeant aurait dû savoir que l'insolvabilité était inévitable et n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers;

d) Manquement aux devoirs/faute d'exécution – cas où un administrateur ou dirigeant a détourné ou retenu des biens ou de l'argent de la société ou encore cas dans lequel une faute d'exécution ou un manquement à un devoir, de loyauté ou autre, a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société;

e) Faute concernant des biens ou de l'argent de la société – cas où un administrateur ou dirigeant est à l'origine d'un traitement préférentiel ou d'une opération à un prix sous-évalué, ou autorise un tel traitement ou une telle opération, au détriment des créanciers;

f) Manquement d'un administrateur ou d'un dirigeant aux obligations légales;

g) Faute concernant les livres de la société – falsification, non-conservation ou non-communication des livres de la société;

h) Non-paiement des impôts.

13. D'autres questions, concernant la conduite après l'insolvabilité, pourraient être les suivantes:

i) Réutilisation du nom de la société – cas où un administrateur ou dirigeant de la société insolvable réutilise le nom de cette dernière sans autorisation;

j) Cas où une personne exerce les fonctions d'administrateur ou de dirigeant alors qu'elle est frappée d'une interdiction d'administrer ou de gérer.

E. Acte délictueux, responsabilité personnelle et interdiction d'administrer ou de gérer

14. Lorsqu'un administrateur ou un dirigeant d'une société insolvable ou proche de l'insolvabilité a commis une fraude ou a exploité la société dans un but frauduleux, il est probable que le droit interne d'un État prévoit des dispositions appropriées pour ces actes délictueux. Au Royaume-Uni, dans certains domaines du droit de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité a l'obligation légale de porter ces actes à l'attention des autorités de poursuite. Il peut en découler une responsabilité personnelle pour l'administrateur ou le dirigeant concerné. Il existe souvent un lien entre acte délictueux prouvé et responsabilité personnelle de l'administrateur ou du dirigeant. De même, lorsqu'un administrateur ou un dirigeant n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers, il peut se

voir enjoindre de contribuer à l'actif de la société insolvable. Les éventuelles lignes directrices sur la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants devraient néanmoins tenir compte de la nécessité de trouver un juste milieu. Les sociétés confrontées à une insolvabilité ont besoin d'une gestion solide et leur situation appelle généralement des décisions délicates. Les administrateurs qui craignent les répercussions financières possibles de telles décisions peuvent prématurément fermer leur entreprise au lieu d'essayer de sortir de leurs difficultés. Les lignes directrices pourraient donner des orientations aux États sur les cas pouvant entraîner une responsabilité personnelle tout en reconnaissant les risques que des règles trop draconiennes présentent pour l'esprit d'entreprise.

15. Le Groupe de travail pourrait aussi se pencher sur la question de l'interdiction d'administrer ou de gérer, autrement dit le fait de se protéger contre un administrateur malhonnête en lui interdisant pendant une certaine période d'administrer toute société ou de participer à sa gestion. Au Royaume-Uni, la Loi sur l'interdiction d'administrer ou de gérer une société (Company Directors Disqualification Act) de 1986 permet de prononcer une telle interdiction pour une durée allant de 2 à 15 ans lorsqu'il est prouvé que la personne n'est pas apte à remplir les fonctions d'administrateur. Cette interdiction peut être prononcée avec d'autres sanctions et s'accompagner d'une responsabilité personnelle comme décrite ci-dessus ou être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur ou du dirigeant justifie une telle sanction. Il conviendrait peut-être aussi que le Groupe examine la question de la reconnaissance entre États des interdictions d'administrer ou de gérer, reconnaissance qui est déjà prévue dans le droit australien.

II. Proposition

16. La délégation propose donc ce qui suit:

Que le Groupe de travail V envisage de recommander à la Commission d'étudier ce type de proposition à sa prochaine session afin qu'elle lui donne mandat d'élaborer des lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants de sociétés en cas d'insolvabilité, y compris avant l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité.

17. Nous serions reconnaissants au Groupe de travail de bien vouloir examiner la présente proposition.

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation d'une étude sur la faisabilité d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes*

1. La crise financière, en particulier l'insolvabilité de Lehman Brothers le 15 septembre 2008, a malheureusement clairement montré que certaines institutions financières étaient "trop grandes" ou "trop interconnectées pour être défaillantes". On ne peut procéder à leur liquidation ordonnée sans exposer le système financier à des risques beaucoup trop élevés. Cette situation implique de grands risques d'ordre moral et impose des coûts potentiellement énormes aux contribuables. C'est pourquoi la création d'un cadre juridique permettant de liquider une grande institution financière complexe sans mettre en danger la stabilité de l'ensemble du système financier est une priorité pour la Suisse.

2. Dans le cas de grandes institutions financières complexes ayant d'importantes activités transnationales, on ne peut parvenir à un règlement ordonné sans une coordination entre les pays concernés. En l'absence d'une démarche coordonnée, les mesures de restructuration et/ou de liquidation n'auront qu'un effet limité, qui se traduira presque inévitablement par le démantèlement désordonné de l'institution ou du groupe. La coordination internationale est par conséquent une condition nécessaire, mais pas suffisante, pour parvenir à une liquidation ordonnée des grandes institutions financières complexes ayant d'importantes activités transnationales.

3. La nécessité d'une meilleure coordination internationale des procédures de règlement a été reconnue par les principales organisations internationales et organismes spécialisés. En particulier, la recommandation 4 du Groupe sur le règlement international des crises bancaires (Cross-border Bank Resolution Group (CBRG)) du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire préconise d'entreprendre d'autres travaux pour une reconnaissance plus efficace des procédures de gestion et de règlement des crises étrangères aux niveaux bilatéral, régional ou international¹. Le CBRG se réfère spécifiquement aux travaux de la CNUDCI sur le traitement des groupes d'entreprises nationaux et laisse entendre que les concepts correspondants élaborés dans Guide législatif pourraient éclairer les travaux relatifs à l'établissement d'un tel cadre.

* Le présent document a été soumis dès que possible après réception de la proposition.

¹ Voir Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group – document final (mars 2010), <http://www.bis.org/publ/bcbs169.htm> (disponible en anglais le 15 avril 2010).

4. C'est pourquoi nous recommandons que le Groupe de travail V réalise une étude sur la faisabilité d'un instrument international relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes. Cette étude devrait présenter les options disponibles pour améliorer la coordination internationale, notamment i) la reconnaissance des mesures prises par les autorités de l'État d'origine dans les États d'accueil; ii) la coordination par des procédures parallèles dans l'État d'origine et les États d'accueil; iii) la coordination au moyen d'accords d'insolvabilité internationale; iv) d'autres méthodes visant à améliorer la coordination. L'étude devrait également tenir compte des conséquences internationales des outils de règlement généralement utilisés pour le règlement des faillites d'institutions financières, tels que, par exemple, le transfert d'actifs vers une banque relais, l'arrêt temporaire des clauses sur la non-exécution des contrats financiers et la conversion de créances en prises de participation. Enfin, l'accent devrait être mis en particulier sur les problèmes rencontrés par les groupes d'entreprises, y compris les institutions financières et non financières.

5. L'insolvabilité des banques et autres institutions financières a jusqu'à présent été exclue des travaux de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité². Les raisons qui justifient cette exclusion sont que les banques et autres institutions financières sont soumises à des régimes spéciaux de règlement dans de nombreux pays et que la liquidation des institutions financières soulève d'importantes questions d'ordre public, en particulier si l'institution présente une pertinence systémique. Il existe également d'autres différences en ce qui concerne le règlement des institutions financières et la liquidation des autres entreprises commerciales, par exemple le temps disponible et la dimension et la composition de la masse.

6. Il est suggéré au Groupe de travail V d'examiner la présente proposition, car il est évident que la CNUDCI est mieux placée que tout autre organisme international pour traiter ce type de questions. Premièrement, un règlement est une procédure hautement technique qui nécessite des connaissances théoriques et pratiques spécialisées, que l'entreprise soit une institution financière ou non. Deuxièmement, de nombreux outils utilisés dans les régimes de règlement nationaux sont également utilisés dans les procédures de faillite de sociétés, comme par exemple le transfert d'actifs vers une nouvelle société ou la conversion de créances en prises de participation. La Suisse est par conséquent convaincue que la CNUDCI est mieux placée que tout autre organisme pour réaliser l'étude proposée.

7. La Suisse attache une grande importance à la coordination des travaux de fond entrepris lors de divers événements internationaux auxquels ont participé certains (ou la totalité des) membres de la CNUDCI et les États observateurs. Nous remercions le Secrétariat d'avoir donné un aperçu des travaux en cours au sein de l'Union européenne, du Fonds monétaire international, de la Banque mondiale et du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (A/CN.9/WG.V/WP.93, par. 9 à 15). Nous tenons à souligner que la présente proposition est à tout point de vue complémentaire aux travaux de ces organismes et qu'il faut constamment s'efforcer d'éviter les chevauchements à mesure que progressent les travaux. Il est en outre crucial, pour la réussite de ces travaux, d'entretenir des contacts étroits avec les autorités de réglementation et de contrôle du marché financier et les banques centrales.

² Voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, p. 48 (2005); Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 1-2 (1997).

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session**

ADDITIF

Commentaires de l'Association internationale du barreau concernant les propositions d'envisager une convention internationale et/ou une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux*

1. À sa trente-septième session (Vienne, 2009), le Groupe de travail V de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international est convenu d'examiner, à sa prochaine session, certaines propositions de travaux futurs¹, et en particulier les questions suivantes:

a) La CNUDCI devrait-elle charger le Groupe de travail d'élaborer une convention internationale sur les procédures d'insolvabilité internationale (la "Convention")²?

b) La CNUDCI devrait-elle charger le Groupe de travail d'élaborer une loi type sur les procédures d'insolvabilité visant les groupes d'entreprises (la "Loi type sur les groupes d'entreprises")³?

2. La Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de l'Association internationale du barreau souhaiterait formuler les brefs commentaires ci-après à l'appui d'une réponse affirmative conditionnelle aux questions qui précèdent.

* Le présent document a été soumis dès que possible après réception de la proposition.

¹ Le Groupe de travail V a consacré plusieurs sessions à l'élaboration de recommandations destinées à une annexe au Guide législatif traitant diverses questions juridiques de procédure et de fond qui se posent dans le traitement national et international de l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux. Il avait précédemment élaboré la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide législatif, traitant de l'insolvabilité des débiteurs en tant qu'entités autonomes. La troisième partie du Guide législatif constitue une première étape vers l'harmonisation des règles juridiques régissant les procédures d'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux.

² À la trente-septième session du Groupe de travail V, l'Union Internationale des Avocats (UIA) a présenté le document A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3, où elle proposait une convention dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale qui traiterait des questions suivantes: l'accès des représentants de l'insolvabilité étrangers aux tribunaux; la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère; la coopération et la communication entre représentants de l'insolvabilité et tribunaux; et d'autres questions possibles comme la "compétence directe" ("convention double") et la loi applicable. [Voir aussi document A/CN.9/WG.V/WP.93, par. 1, 4 et 5.]

³ [Voir la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant l'élaboration d'une loi type ou de dispositions types sur certaines questions relatives au droit de l'insolvabilité internationale présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 et les informations accompagnant ladite proposition dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2.]

A. Convention sur les procédures d'insolvabilité internationale

Le Groupe de travail devrait recommander des dispositions en vue d'une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale, qui régirait les questions traitées dans les recommandations du chapitre II (Questions internationales) du projet de troisième partie du Guide législatif. Une convention s'appliquant sur la base de la réciprocité constituerait un cadre international fiable permettant d'administrer de manière coordonnée et cohérente les procédures d'insolvabilité internationale, en particulier celles qui visent des groupes d'entreprises.

3. L'absence de règles internationales obligatoires, fiables et cohérentes prévoyant la coordination, la coopération et la communication entre les tribunaux et entre les personnes administrant des procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises multinationaux a conduit à des conflits de compétence et à des litiges coûteux et a amené les tribunaux nationaux et les administrateurs de l'insolvabilité à se disputer les actifs et le contrôle. Les tribunaux de certains États ont comblé les lacunes procédurales en approuvant des protocoles internationaux ad hoc⁴.

4. Les tribunaux d'autres États n'ont pas souhaité le faire. Une convention sur les aspects internationaux (procéduraux) des procédures d'insolvabilité internationale permettrait de régler ces questions. Cette convention aurait pour objectif principal d'établir un cadre plus cohérent et plus fiable qu'une loi type pour la coordination, la coopération et la communication entre les tribunaux et les administrateurs et professionnels de l'insolvabilité, ainsi que de faciliter l'administration conjointe dans les procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux, qui ont souvent des répercussions importantes sur l'économie mondiale.

1. Avantages d'une convention sur une loi type

5. Le fait que peu d'États à ce jour aient adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale laisse craindre un destin similaire pour les recommandations du Groupe de travail sur le traitement international de l'insolvabilité des groupes d'entreprises et justifie que l'on réexamine si ces recommandations devraient être incorporées dans une convention ou dans une loi type⁵. On estime généralement que les lois types ont plus de chances d'être adoptées que les conventions, car le législateur national peut apporter des modifications aux premières lors de leur incorporation dans le droit interne mais non aux secondes⁶. Il

⁴ La CNUDCI a adopté, en juillet 2009, le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, élaboré par le Groupe de travail V, qui décrit dans le détail l'utilisation à ce jour des protocoles dans les procédures d'insolvabilité internationale.

⁵ Avant d'entreprendre l'élaboration d'une nouvelle loi type ou convention, le Groupe de travail devrait examiner en détail pourquoi si peu d'États ont incorporé la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale dans leur droit interne. Cet examen lui permettrait d'obtenir des informations utiles pour déterminer s'il serait bon de proposer une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (ou une convention sur les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité internationale) et, si tel est le cas, comment accroître les chances que ces instruments soient largement acceptés et adoptés/ratifiés.

⁶ Les États peuvent néanmoins formuler des réserves à certaines dispositions des conventions. Cette pratique, autrefois désapprouvée, a rencontré une plus large acceptation au cours des

est possible cependant qu'une convention parvienne au moins tout aussi bien qu'une loi type à régler les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux.

6. Le Groupe de travail a examiné les divergences importantes entre règles de fond et de procédure de différents États en matière d'insolvabilité, divergences qui empêchent toute coopération et communication internationales, même limitées, dans les affaires concernant des groupes d'entreprises⁷. Bien que les tribunaux et les praticiens de nombreux pays connaissent le Guide législatif et la Loi type de la CNUDCI, leurs dispositions n'ont pas été adoptées aussi souvent que souhaité. Cela s'explique notamment par le fait que les États hésitent à modifier leurs règles de droit, à renoncer à leurs compétences ou à accorder des privilèges de crainte que les autres États n'en fassent pas autant en retour – et les lois types ne comportent aucun engagement de réciprocité (et leur application n'est pas soumise non plus à une telle réciprocité).

7. Une convention qui ait force obligatoire et produise effet uniquement entre les États contractants permettrait de régler ce problème. Il se peut, par exemple, que les États ne souhaitent pas adopter un principe général du droit de l'insolvabilité qui consiste à reconnaître les procédures d'insolvabilité étrangères “sur un pied d'égalité” avec les procédures nationales de crainte que les autres États n'en fassent pas autant. Ils seraient probablement plus enclins à accorder cette reconnaissance dans le contexte d'une convention qui garantit la réciprocité entre les tribunaux des États contractants.

8. Une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale devrait par conséquent s'imposer et avoir effet sur la base de la réciprocité⁸ et devrait se limiter au contexte international (à savoir, dans le cadre des groupes d'entreprises, aux questions traitées au chapitre II (Questions internationales) de la troisième partie du Guide législatif)⁹. S'il est impossible d'établir une convention sur les

dernières décennies.

⁷ Ces divergences contribuent au fait que de nombreux États sont peu disposés à adopter la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

⁸ Ces clauses de réciprocité figurent dans plusieurs conventions ratifiées par un grand nombre d'États. Voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958), art. 1, par. 3 (“Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou [...], tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.”)

⁹ Le chapitre II (Questions internationales) de la troisième partie du Guide législatif se limite aux aspects davantage procédurales que substantiels des affaires concernant des groupes d'entreprises multinationaux, en ce sens qu'il ne prévoit pas de dispositions sur les droits ou voies de droit pour le traitement des dettes, créances ou intérêts dans la relation entre débiteur et créanciers. Les dispositions qu'il contient et qui auraient leur place dans une convention internationale, ont trait aux questions suivantes: l'accès aux tribunaux et la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère, la coopération et la communication entre tribunaux et représentants de l'insolvabilité, la communication directe entre tribunaux, tribunaux étrangers et représentants de l'insolvabilité, la coordination des audiences, la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique ou du même représentant de l'insolvabilité par les tribunaux de différents États, et le pouvoir de conclure des accords d'insolvabilité internationale – ainsi que leur homologation et application.

recommandations du chapitre premier de la troisième partie du Guide législatif, qui traite des questions nationales¹⁰, une convention limitée aux questions traitées dans le chapitre II est réaliste et éviterait bien des difficultés rencontrées à ce jour dans l'application de conventions régionales sur l'insolvabilité plus ambitieuses et très étendues.

9. Les lois types sont incorporées dans le droit interne des États – en l'occurrence le droit de l'insolvabilité – dont elles font partie intégrante. Certaines dispositions de la Loi type ne peuvent pas être incorporées car elles diffèrent beaucoup trop des règles fondamentales d'un système juridique pour pouvoir être intégrées aux règles de droit matériel de l'État¹¹. De leur côté, les conventions internationales, qui lient entièrement les États conformément à leur droit interne et qui font techniquement partie intégrante de ce droit, prévoient souvent des exceptions limitées aux règles de droit (et aux traditions judiciaires) nationales normalement applicables car les États s'engagent dans ce cas à répondre à un besoin particulier de coopération internationale. Une dérogation aux principes normalement applicables du droit national est souvent plus acceptable dans le contexte d'une convention internationale qui appelle tous les États parties à trouver un compromis lorsque celui-ci est nécessaire pour réaliser des objectifs communs.

10. En résumé, une convention liant les États sur la base de la réciprocité inciterait ces derniers: a) à combler les différences concernant l'accès aux tribunaux étrangers, la reconnaissance des procédures étrangères, ainsi que la communication, la coordination et la coopération entre les tribunaux et les administrateurs et praticiens de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité internationale, notamment celles qui visent des groupes d'entreprises; b) à surmonter leur méfiance, notamment à l'égard des tribunaux étrangers, dont ils soupçonnent qu'ils appliqueront injustement un traitement discriminatoire aux nationaux d'autres États; et c) à trouver un compromis sur les règles de compétence et d'autres règles en sachant que, de cette manière, les procédures devant les tribunaux des autres États parties à la convention en bénéficieront. Les principes énoncés dans la convention seraient ainsi plus largement acceptés.

Le Groupe de travail devrait envisager de collaborer avec la Conférence de La Haye de droit international privé afin d'examiner et de proposer

¹⁰ Du fait que les recommandations du chapitre premier de l'annexe au Guide législatif concerne les droits et voies de droit essentiels au règlement de la relation entre débiteur et créanciers, elles soulèvent des questions de politique nationale qui pourraient, dans de nombreux cas, impliquer de modifier sensiblement les règles du droit de l'insolvabilité d'un État. De nombreuses délégations participant au Groupe de travail ont argué qu'il n'existe pas de consensus suffisant pour assurer le succès d'une convention sur ces dispositions de droit matériel interne.

¹¹ Les dispositions de la Loi type qui modifient les règles de compétence ou les normes généralement acceptées de conduite judiciaire posent souvent problème. Les dispositions qui pourraient être difficiles à incorporer en tant que droit national unilatéral concernent par exemple la communication entre tribunaux au niveau international, la reconnaissance de la procédure d'insolvabilité étrangère sur un pied d'égalité avec la procédure nationale, la désignation du même représentant de l'insolvabilité pour les procédures se déroulant dans différents États.

*conjointement une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale*¹².

11. Une collaboration entre la CNUDCI (par l'intermédiaire de son Groupe de travail V) et la Conférence de La Haye de droit international privé permettrait de combiner les compétences étendues de la CNUDCI dans le domaine du droit commercial international (et le bénéfice de dizaines d'années de dialogue international et d'études sur le droit de l'insolvabilité internationale) et les compétences de la Conférence en matière d'élaboration de conventions de droit international privé¹³. Cette collaboration pourrait prendre la forme d'une équipe commune de rédaction composée des secrétariats et des experts des deux organisations. Il serait essentiel que le Secrétariat de la CNUDCI se prononce sur la faisabilité d'une telle entreprise commune, compte tenu de son expérience passée de collaboration avec la Conférence dans le cadre du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

B. Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises

12. Outre l'élaboration d'une convention sur les procédures d'insolvabilité internationale, le Groupe de travail devrait entreprendre la rédaction d'une loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises multinationaux¹⁴. Si la CNUDCI propose une convention sur les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises, une loi type n'en demeurerait pas moins nécessaire pour traiter les questions se posant dans le contexte national (en d'autres termes, les questions nationales traitées au chapitre premier de la troisième partie du Guide législatif)¹⁵. Si la CNUDCI ne propose pas de convention, une loi type devrait également contenir des dispositions sur les questions qui se posent dans le contexte international (autrement dit les questions internationales traitées au chapitre II de la troisième partie du Guide législatif).

13. Les commissions gouvernementales et les praticiens de l'insolvabilité ont noté la nécessité d'une plus grande uniformité dans les règles juridiques qui régissent l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Les disparités entre les droits nationaux qui régissent ces procédures empêchent la réalisation des objectifs communs, économiques et de politique générale, des lois sur l'insolvabilité. Les principales dispositions de la troisième partie du Guide législatif sont suffisamment développées pour laisser supposer qu'un consensus est possible autour des

¹² La CNUDCI a déjà demandé l'aide de la Conférence de La Haye lors de l'élaboration du commentaire et des dispositions législatives de son Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

¹³ Le Groupe de travail ne devrait pas sous-estimer la nécessité de la contribution de la CNUDCI à l'élaboration d'une telle convention. Il dispose d'une connaissance remarquable des questions d'insolvabilité internationale qui serait utile à l'élaboration de la convention et à la recherche du consensus nécessaire à une ratification étendue.

¹⁴ S'il est très utile que le Groupe de travail établisse une liste des facteurs permettant de déterminer le centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises, celle-ci aurait peut-être davantage sa place en annexe au Guide législatif que dans une Loi type.

¹⁵ Le chapitre II de l'annexe au Guide législatif fournirait aux États qui ne ratifieraient pas la convention des indications utiles en matière législative pour harmoniser les aspects internationaux des procédures d'insolvabilité visant des groupes d'entreprises multinationaux.

dispositions d'une loi type traitant des groupes d'entreprises. L'approbation d'une telle loi type par la CNUDCI permettrait de promouvoir, dans le contexte des groupes d'entreprises, les principes largement partagés de redressement et de répartition équitable qui sous-tendent les lois sur l'insolvabilité. L'adoption de règles uniformes régissant l'insolvabilité des groupes d'entreprises au niveau national sera bénéfique pour les procédures internationales et augmentera la prévisibilité dans les opérations financières et commerciales internationales et dans le gouvernement d'entreprise international.

14. Contrairement à une convention, une loi type n'a pas à être ratifiée par un nombre minimum d'États pour entrer en vigueur et peut être modifiée par le législateur national pour tenir compte des réalités des politiques de groupes d'intérêts locaux. Une certaine souplesse politique est nécessaire pour encourager une large adoption des recommandations du chapitre premier (Questions nationales) de la troisième partie du Guide législatif sur les groupes d'entreprises.

15. Ainsi qu'il est noté plus haut, la question de la réciprocité ne permet pas de savoir avec certitude si de nombreux États adopteraient unilatéralement les dispositions d'une loi type traitant des questions internationales. Néanmoins, le chapitre II de la troisième partie du Guide législatif aidera le législateur national à "combler les lacunes" en attendant qu'une convention entre en vigueur. Même si elles ne sont pas largement adoptées, ces dispositions constitueraient, avec le Guide pratique de la CNUDCI, une référence utile pour les protocoles ad hoc.

IV. PASSATION DE MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009) (A/CN.9/687)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-8
II. Organisation de la session	9-14
III. Délibérations et décisions	15
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	16-210
A. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8 à 10, 24, 25, 28, 30, 31 et 32 a), d) et e), et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et 2)	17-106
B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 9 et 11 à 14, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2)	107-131
C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.3)	132-158
D. Chapitre IV. Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 15 à 20 et 28, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4)	159-181
E. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5)	182-210

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568).

À cette session, il a décidé de continuer à ses 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. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné les thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, notamment l'échange de communications par voie électronique et le recours aux moyens électroniques pour la soumission et l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de cette utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, notamment la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode autonome, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, notamment leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième (Vienne, 8-12 septembre 2008) sessions, le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type révisée, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l'incorporation. À sa quatorzième session, le Groupe de travail a en outre examiné dans le détail la question des voies de droit et de l'exécution, ainsi que celle des conflits d'intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de loi type révisée et, même si un certain nombre de points restaient en suspens, dont le chapitre IV dans son intégralité, il s'est mis d'accord sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009), le Groupe de travail a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du projet de texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste du projet de loi type révisée. Le Secrétariat a également été chargé de revoir les projets de dispositions pour le chapitre premier.

7. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008, 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 la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, 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 révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses délibérations à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/640 et A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

8. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées, même si quelques questions restaient en suspens. Elle a noté que le projet de loi type révisée n'était pas prêt pour qu'elle puisse l'adopter à cette session. Elle a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions d'ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail puisse les examiner. À cette session, on a souligné qu'il importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

II. Organisation de la session

9. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à Vienne, du 7 au 11 décembre 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Arménie, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Liban, Maroc, Mexique, Namibie, Ouganda, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

10. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Albanie, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Côte d'Ivoire, Croatie, Iraq, Koweït, Libye, Oman, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, Qatar, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Suède, Turquie et Uruguay.

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

- a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Organisation de coopération et de développement économiques/Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion (SIGMA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA) et Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteur: M. Duncan MUHUMUZA LAKI (Ouganda)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.70);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8).

14. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen 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

15. À sa dix-septième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

16. Le Groupe de travail est convenu que, sauf s'ils faisaient l'objet de commentaires, les passages entre crochets du projet de loi type révisée contenu dans

¹ Élu à titre personnel.

les documents A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 à 8 (ci-après “le projet de loi type révisée”), seraient conservés tels que proposés dans le projet de loi type révisée et les crochets supprimés.

A. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8 à 10, 24, 25, 28, 30, 31 et 32 a), d) et e), et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et 2)

Titre et préambule (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 32 a))

17. Il a été proposé de clarifier le problème d’incohérence entre le titre (qui parlait de “passation des marchés publics”) et le reste du projet de loi type révisée (qui se référait à la “passation de marché”). Le Secrétariat a été prié de modifier en conséquence l’article 1 ou l’article 2 k) (article 2 f) dans la version anglaise), selon le cas.

Article premier. Champ d’application (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 30 et 31)

18. L’article n’a suscité aucun commentaire.

Article 2. Définitions (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 8, 24, 25 et 32 d) et e))

19. Le Groupe de travail a pris note des changements qu’il était proposé d’apporter au projet d’article, en particulier de l’ajout de plusieurs définitions nouvelles et de la présentation des définitions dans l’ordre alphabétique. Il a été convenu que les définitions ne devraient pas comporter de dispositions de fond.

20. Il a été convenu de remplacer le verbe “juge” par “établit” dans la définition du terme “passation de marché national”. Il a été convenu par la suite que la question de fond évoquée après le renvoi à l’article 8 serait déplacée pour être insérée dans ce même article 8, étant entendu que celui-ci serait modifié en conséquence pour couvrir toutes les situations justifiant le recours à la passation de marchés nationaux, y compris le cas des marchés de faible valeur (voir plus loin paragraphe 42).

21. Il a été proposé de remplacer les mots “devenir partie ultérieurement”, dans la définition du terme “accord-cadre fermé”, par les mots “entre en compétition pour obtenir le marché au titre de l’accord-cadre”. Cette proposition a suscité des réserves, car l’objectif était de définir les parties à l’accord-cadre et parce que la deuxième étape de la procédure ne comporterait pas nécessairement de mise en concurrence. Selon une autre proposition, le texte suggéré, du fait qu’il soulevait une question de fond, devrait figurer dans les dispositions régissant les accords-cadres ou dans le Guide, mais non dans la définition. Il a été convenu de n’aborder ce point qu’après examen des dispositions sur les accords-cadres.

22. Il a été convenu de remplacer, dans la définition du terme “modification substantielle”, le verbe “inclut” par “peut inclure”, ainsi que les mots “et qui” par “ou qui”. Il a été dit que la seconde phrase de la définition ne se voulait pas exhaustive mais visait à préciser la première, et devrait peut-être indiquer qu’elle contenait une liste illustrative. L’autre proposition, qui a finalement prévalu, était de

déplacer la deuxième phrase pour l'insérer dans le Guide. Il a également été convenu d'ajouter après "en ce qui concerne leur qualification" les mots "ou le classement de leurs soumissions". Selon le Groupe de travail, puisque les mots "conditions de la passation" n'étaient pas définis dans la Loi type, ils devraient être expliqués dans le Guide, s'agissant notamment des sources – par exemple, le dossier de sollicitation – où pouvaient figurer ces conditions.

23. Il a été convenu que la définition des "enchères électroniques inversées" serait conservée.

24. Il a été proposé de remplacer le mot "désigne" par "inclut" dans la définition du terme "facteurs socioéconomiques". Cette proposition a suscité des doutes. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver le verbe "désigne", jugé plus exact du fait que la définition parlait des considérations "autres". Il a également été convenu d'ajouter après "de la comparaison des soumissions" les mots "de l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou de l'accord-cadre".

25. Il a été demandé si la définition des "facteurs socioéconomiques" visait à définir l'adjectif "socioéconomique" plutôt que le terme même de "facteurs socioéconomiques", étant donné que le projet de loi type révisée employait fréquemment l'expression connexe "politiques socioéconomiques". Il a été convenu de supprimer l'adjectif "socioéconomiques" après "politiques".

26. En ce qui concerne la note 6 (note 13 dans la version anglaise), l'idée de fournir dans le Guide une liste illustrative d'exemples de "facteurs socioéconomiques" a été appuyée pour permettre une certaine souplesse dans leur définition au niveau national.

27. Il a été convenu de remplacer les mots "sollicitation d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs", dans la définition du terme "sollicitation directe", par "sollicitation d'un seul fournisseur ou entrepreneur ou d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs".

28. Il a été convenu que le Secrétariat devrait envisager de reformuler la notion d'"intention" dans la définition du terme "délai d'attente".

29. On a émis des doutes sur la nécessité d'une définition du terme "soumission à retenir". La question n'a pas été tranchée.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

30. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

Paragraphe 2

31. Le Groupe de travail a été invité à examiner s'il convenait de traiter les questions touchant au code de conduite des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans l'article consacré aux règlements en matière de passation des marchés. Il a été noté que, dans certains États, ces questions relevaient de la législation.

32. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de reformuler les dispositions de manière à bien tenir compte des différentes approches suivies d'un État à l'autre pour édicter des règles sur ces questions.

Paragraphe 3

33. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 était nouveau et que le Secrétariat proposait de l'ajouter compte tenu de la nouvelle définition du terme "facteurs socioéconomiques" à l'article 2.

34. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe étant entendu que la définition des "facteurs socioéconomiques" était suffisante à elle seule.

Article 5. Publication des textes juridiques

35. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

36. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite aux délibérations de la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 80 à 87).

37. Il a été proposé d'écourter l'article en supprimant les paragraphes 1 et 2, dont le contenu serait reflété au paragraphe 3. Cette proposition a suscité des réserves car l'article s'en trouverait affaibli dans son ensemble. Il a été convenu de conserver les dispositions, étant entendu que le Guide expliquerait où ce type d'informations était habituellement publié.

Article 7. Communications dans la passation des marchés

38. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 121 à 143).

39. On s'est inquiété de l'emploi du terme "classified information" (informations classifiées) dans cet article et dans d'autres dispositions du projet, compte tenu de la difficulté de traduire ce terme dans d'autres langues de l'ONU (voir plus loin paragraphe 74). Cet article n'a suscité aucun autre commentaire.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 24 et 25)

40. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé à la suite des consultations menées avec des experts, de manière à permettre à l'entité adjudicatrice de limiter la participation à une procédure de passation de marché sur la base de la nationalité pour des motifs socioéconomiques, et pour d'autres raisons, par exemple pour appliquer des programmes réservés aux minorités, aux petites et moyennes entreprises ou aux groupes autochtones.

41. Il a été convenu qu'il fallait assurer la cohérence entre les paragraphes 1 et 4, que les paragraphes 4 et 5 seraient fusionnés et que les dispositions résultant de cette fusion indiqueraient où les informations mentionnées seraient publiées (ou seraient accompagnées d'un commentaire à cet effet dans le Guide). Il a également été proposé d'exiger dans la Loi type que l'entité adjudicatrice communique promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs, sur leur demande, les raisons

justifiant sa décision de passer un marché national, de manière à permettre des recours efficaces contre cette décision.

42. Compte tenu des modifications qu'il a été convenu d'apporter à la définition de la "passation de marché national" (voir par. 20 ci-dessus), le Secrétariat a été prié de modifier l'article 8 pour qu'il mentionne la faible valeur d'un marché comme un motif justifiant le recours à la passation d'un marché national.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

43. On s'est inquiété de l'emploi du verbe "posséder" à l'alinéa i) du paragraphe 2 pour parler des "normes éthiques" et du personnel, et le Secrétariat a été prié de reformuler ce critère.

44. Il a été ajouté que cet alinéa, ou le commentaire correspondant du Guide, devrait préciser que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs avaient toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité, si nécessaire. Le Secrétariat a été chargé de rédiger des dispositions appropriées.

45. S'agissant du même alinéa toujours, il a aussi été noté qu'en exigeant que les fournisseurs ou entrepreneurs possèdent "les équipements et autres moyens matériels [...] nécessaires", les dispositions risquaient de limiter, sans le vouloir, la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Il a été noté que, souvent, ces entreprises ne possédaient pas elles-mêmes les équipements et autres moyens matériels nécessaires, mais s'assuraient, par l'intermédiaire de leurs sous-traitants, que ceux-ci étaient disponibles aux fins de l'exécution du marché. Il a été convenu au sein du Groupe de travail que le Guide expliquerait qu'une telle limitation n'était pas voulue.

46. On a exprimé la crainte que, en exigeant des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils présentent des références, les dispositions ne limitent l'accès à la passation, car les nouveaux venus n'étaient peut-être pas en mesure de fournir de telles références. Il a aussi été noté que les dispositions étaient subjectives. On a donc proposé de supprimer le mot "références". À cela, on a répondu que le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger des références était essentiel et devait être préservé, et que seules des références justifiables objectivement et proportionnelles à l'objet du marché étaient autorisées selon le paragraphe 6 de l'article. Pour souligner ce dernier point, il a été suggéré de modifier comme suit les dispositions du chapeau du paragraphe 2: "appropriés et pertinents".

47. Il a été rappelé que le mot "références" avait remplacé le mot "réputation" employé précédemment dans ce contexte. Il a été dit qu'en cas de suppression de ce mot, le Guide ou la Loi type elle-même devrait faire en sorte qu'une déclaration des propres fournisseurs ou entrepreneurs concernant leurs expériences positives passées ne soit pas suffisante et que ceux-ci soient tenus de fournir des preuves satisfaisant l'entité adjudicatrice. À cet égard, une distinction a été faite entre les termes "réputation" et "références" en relation avec la participation de tiers. Il a aussi été noté que le terme "références" serait compris différemment d'un État à l'autre, et qu'il était habituel, dans le secteur de la construction, d'avoir recours aux références pour démontrer des qualifications. Une préférence a été exprimée pour le maintien de ce terme, pour autant qu'il renvoie à la vérification de la "crédibilité" des fournisseurs ou entrepreneurs.

48. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait supprimer le mot "références" à l'alinéa i) du paragraphe 2 compte tenu du paragraphe 3 de cet article, qui permettait à l'entité adjudicatrice d'exiger des pièces pour vérifier que les fournisseurs répondaient aux critères de qualification. Il a été convenu que le commentaire du Guide relatif au paragraphe 3 expliquerait l'interaction entre ces paragraphes.

49. En réponse aux craintes concernant l'absence de référence explicite aux considérations environnementales dans les dispositions, il a été expliqué que ces dernières envisageaient en fait la possibilité de tenir compte des aspects environnementaux dans la vérification des qualifications. Dans ce contexte, on a mentionné la définition des "facteurs socioéconomiques", l'article 8 et le renvoi à cet article figurant au paragraphe 6 de l'article 9. Le Secrétariat a été chargé de reformuler les dispositions pour qu'elles fassent référence aux critères environnementaux de manière plus explicite.

50. Il a été proposé que le commentaire du Guide accompagnant l'alinéa v) du paragraphe 2 mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d'exclusion. Il a aussi été proposé que, compte tenu de l'emploi répété du terme "documentation de préqualification", ce terme soit défini à l'article 2 de la façon suivante: "Le terme 'documentation de préqualification' désigne l'ensemble des documents servant à la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le dossier de sollicitation sera envoyé".

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

51. Il a été proposé de reformuler le paragraphe 3 de l'article 10 en remplaçant les mots "peut comprendre" par "comprend au minimum" et en ne mentionnant dans ce dernier contexte que les éléments qui devraient toujours figurer dans la description de l'objet du marché, par opposition à ceux qui seraient inclus en fonction du marché. Il a également été proposé que cet article réglemente de façon plus explicite la manière dont les facteurs socioéconomiques devaient être pris en compte dans l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou de l'accord-cadre.

52. Selon un autre avis, ces questions étaient difficiles à régler dans une loi et auraient peut-être davantage leur place dans le Guide.

*Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation
(voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 24 et 25)*

53. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 149 à 174) et à la lumière des consultations informelles du Secrétariat avec les experts et de la nouvelle définition du terme "facteurs socioéconomiques" dans le projet d'article 2.

54. Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, que le début de l'alinéa a) du paragraphe 1 soit reformulé pour mentionner toutes les exceptions prévues au paragraphe 2.

55. S'agissant du chapeau de l'alinéa b) du paragraphe 1, on s'est demandé s'il fallait dire "comprennent uniquement", "peuvent comprendre uniquement", "comprennent" ou "peuvent comprendre". Une préférence a été exprimée en faveur

des deux dernières formules au motif qu'il serait vain d'essayer de dresser une liste exhaustive des critères d'évaluation, même si cette liste renfermait des références génériques. Un soutien a été apporté à l'emploi du verbe "comprennent" car il donnait à entendre que les critères d'évaluation énumérés dans l'alinéa pouvaient être complétés par des critères supplémentaires conformes aux dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1. Au cours de la discussion qui a suivi, un soutien a été exprimé en faveur des mots "peuvent comprendre" afin d'éviter toute ambiguïté. Il a été estimé que la disposition générale énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 1, selon laquelle les critères d'évaluation devaient avoir un lien avec l'objet du marché, offrait des garanties suffisantes contre tout abus.

56. Le Groupe de travail a été invité à examiner si "les performances en matière de protection de l'environnement" à l'alinéa b) iv) du paragraphe 1 devraient être retenues en tant que critère d'évaluation distinct ou s'il suffisait de traiter les aspects environnementaux dans le cadre des facteurs socioéconomiques visés à l'alinéa a) du paragraphe 2 du projet d'article. Il a été noté dans ce contexte que la définition des "facteurs socioéconomiques", figurant dans le projet d'article 2, faisait déjà référence aux considérations environnementales. Il a été expliqué que le fait de ne pas mentionner ces considérations dans la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 aurait des incidences sur leur prise en compte aux articles 8 (en relation par exemple avec les projets réservés à certains groupes/qualifications) et 10 (en relation avec l'évaluation de la conformité des soumissions). Il a également été noté que, si "les performances en matière de protection de l'environnement" étaient maintenues en tant que critère d'évaluation distinct, cela voudrait dire qu'elles auraient toujours un lien avec l'objet du marché. Il a en outre été noté que, si la question des considérations environnementales était traitée uniquement dans le paragraphe 2 (à savoir au nombre des facteurs socioéconomiques), ces considérations ne pourraient être prises en compte dans l'évaluation des soumissions que si les conditions du chapeau du paragraphe 2 étaient remplies (c'est-à-dire être autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et appliquées sous réserve d'approbation par un organe désigné).

57. Compte tenu des développements observés dans le domaine de la protection de l'environnement, notamment à l'échelle internationale, et de l'évolution en faveur des achats écoresponsables dans le monde, selon l'avis qui a prévalu, l'entité adjudicatrice devait pouvoir prendre en compte les facteurs environnementaux dans l'évaluation des soumissions, même si ces facteurs n'avaient pas été autorisés par les règlements en matière de passation des marchés ou approuvés par un organe désigné. Il a donc été proposé soit de conserver en l'état le sous-alinéa iv) de l'alinéa b) du paragraphe 1, soit d'en refléter la substance d'une autre manière à l'alinéa b) de ce paragraphe. Il a été expliqué que le fait de ne mentionner les considérations environnementales qu'au paragraphe 2 dans le contexte de la définition des "facteurs socioéconomiques" laisserait penser que la prise en compte de ces considérations était une mesure exceptionnelle, alors qu'en réalité il s'agissait d'une mesure de plus en plus répandue dans la pratique. Par la suite, il a été convenu de supprimer le sous-alinéa iv) et de mentionner les caractéristiques environnementales plutôt au sous-alinéa ii) de l'alinéa b) du paragraphe 1.

58. Cela étant, il a été reconnu que les considérations environnementales ne devraient pas nécessairement être toujours prises en compte lors de l'évaluation des

soumissions. On a noté que les modifications qu'il avait été proposé d'apporter au chapeau de l'alinéa b) du paragraphe 1 (voir par. 55 ci-dessus) offriraient une souplesse suffisante à cet égard.

59. Il a également été reconnu que les considérations environnementales ne seraient pas toutes liées à l'objet du marché. Il a été dit que, lorsqu'elles étaient sans lien avec l'objet du marché, elles pourraient quand même être prises en compte mais sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article en tant qu'autres facteurs socioéconomiques. En ce qui concerne les conditions imposées par le paragraphe 2, on a dit préférer que le libellé soit modifié comme suit: "Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent ou [...] (l'État adoptant désigne un organe habilité à donner ladite approbation)".

60. On a souligné que, du fait que le paragraphe 2 renvoyait aux politiques générales de l'État, l'entité adjudicatrice n'aurait peut-être aucune latitude pour décider de tenir compte ou non des facteurs énumérés dans ce paragraphe. Il a donc été proposé et convenu que le chapeau du paragraphe 2 soit reformulé pour prévoir la prise en compte non seulement discrétionnaire mais aussi obligatoire de ces facteurs.

61. Le Groupe de travail a été invité à examiner si la référence aux "considérations de défense et de sécurité nationales" à l'alinéa c) du paragraphe 2 était encore appropriée. La préférence a été exprimée en faveur de la suppression de cet alinéa ou de son remplacement par les principes généraux appropriés. À ce propos, on a rappelé que le Groupe de travail avait décidé de formuler les dispositions d'une loi type révisée non pas en fonction de l'objet du marché ou du secteur visé par le marché, mais en fonction de la complexité du marché. On s'est également inquiété de ce que le libellé actuel ne mentionnait pas la passation des marchés sensibles en général et partant qu'il ne tenait pas compte notamment des considérations de sécurité publique. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 2 étant entendu que le projet de loi type révisée prévoyait déjà d'autres mesures qui permettraient de tenir compte "des considérations de défense et de sécurité nationales", notamment par le choix d'une méthode de passation adaptée.

62. La nécessité d'un lien entre les dispositions des articles 10 et 11 a été mise en avant. On a proposé d'insérer à la fin de l'article 11 une référence à l'article 10, en particulier à l'exigence de respecter les conditions du marché ou de l'accord-cadre.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

63. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article était nouveau et qu'il avait été proposé par le Secrétariat à l'issue de ses consultations avec les experts. On a rappelé que les dispositions du projet d'article se fondaient sur les dispositions équivalentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006). On a expliqué que ces dispositions étaient utiles dans le contexte des marchés de faible valeur et des seuils envisagés dans le projet de loi type révisée en vue de recourir à la passation de marchés nationaux, à l'appel d'offres restreint ou à la demande de prix.

64. Concernant le paragraphe 1, on a proposé d'ajouter à la fin de ce paragraphe les mots "ou de se soustraire par d'autres moyens aux obligations énoncées dans la présente Loi" et de remplacer les mots "dans l'intention de" par "avec pour résultat

de [ou avec pour effet de]”. Des doutes ont été émis à propos de cette dernière suggestion.

65. Une proposition tendant à se référer, dans le paragraphe 2, à la possibilité de renouveler ou de prolonger des marchés n’a pas été appuyée, car elle sortait du champ d’application de la Loi type (et relevait de l’exécution des marchés). On a proposé en revanche d’insérer dans le Guide le passage ci-après tiré de l’AMP de l’OMC qui traitait de cette question: “dans les cas où le marché prévoira la possibilité d’options, la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options”.

66. En réponse à la question de savoir si ces dispositions étaient utiles dans la mesure où la Loi type, par rapport à d’autres instruments, prévoyait relativement peu de seuils, on a dit préférer conserver les dispositions telles que libellées pour éviter les pratiques anticoncurrentielles, que ce soit en réduisant ou augmentant artificiellement le volume des marchés.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

67. L’article n’a suscité aucun commentaire

Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation

68. Le Groupe de travail a noté que l’article proposé avait été déplacé du chapitre sur l’appel d’offres dans la Loi type de 1994. Il a été invité à envisager de limiter l’étendue des modifications permises par le paragraphe 2 de l’article, en s’appuyant par exemple sur la notion de “modification substantielle”, telle que celle-ci était définie à l’article 2 du projet de loi type révisée. L’avis a été exprimé qu’aucune limite ne devrait être établie compte tenu des autres dispositions de la Loi type qui prévoyaient déjà des garanties suffisantes contre les abus.

69. Il a été proposé que le commentaire du Guide accompagnant le paragraphe 2 de l’article renvoie aux dispositions de l’article 34 du projet de loi type révisée concernant la nécessité de reporter la date limite de présentation des soumissions en cas de modification du dossier de sollicitation.

70. Il a été proposé de remplacer, au paragraphe 3, les mots “à la réunion” par “à la réunion ou avant la réunion”. Le libellé proposé a suscité des inquiétudes car il modifierait la portée de l’article. Il a donc été suggéré que la teneur de la proposition soit reflétée dans le Guide ou ailleurs dans le texte.

Article 15. Garanties de soumission

71. L’article n’a suscité aucun commentaire.

Article 16. Procédure de préqualification

72. Le Groupe de travail a été invité à reconsidérer la décision qu’il avait prise antérieurement de remplacer le mot “lieu” par le terme techniquement neutre “modalités”. Il a noté la crainte des experts – dont lui a fait part le Secrétariat – que ce nouveau terme ne rende le texte plus difficile à comprendre. Déclarant partager cette crainte, il est convenu de rétablir le terme initial “lieu” dans les dispositions de cet article et dans les autres dispositions concernées.

73. Des doutes ont été émis, à la lumière des dispositions de l'article 23-4, sur la nécessité d'insérer le libellé supplémentaire proposé au paragraphe 9 et dans d'autres dispositions similaires pour tenir compte des procédures de passation mettant en jeu des informations classifiées. On a exprimé la crainte que les dispositions ne permettent à l'entité adjudicatrice de ne pas appliquer une décision judiciaire ordonnant la divulgation d'informations au public conformément à l'article 23-4. Il a toutefois été convenu qu'une telle conséquence n'était pas voulue. En réponse, on a souligné l'utilité des dispositions proposées au paragraphe 9 et ailleurs, car elles donneraient aux États adoptants des indications sur les dispositions de la Loi type révisée pour lesquelles une exception à l'obligation d'information du public serait nécessaire. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de revoir le libellé proposé en tenant compte des observations formulées.

74. Le Groupe de travail a rappelé que des inquiétudes avaient été exprimées à propos de la difficulté de traduire dans toutes les langues de l'ONU le terme "classified information" (voir par. 39 plus haut), dont la signification n'était peut-être pas évidente dans les autres langues. Il a donc été proposé que la Loi type révisée s'inspire de toute définition utilisée à l'ONU ou dans les directives de l'Union européenne. On a insisté sur la nécessité d'employer le terme de manière cohérente d'un bout à l'autre de la Loi type et dans toutes les langues.

75. En ce qui concerne le paragraphe 4, et en réponse à la question de savoir si les modifications apportées au texte de 1994 ne risquaient pas de laisser entendre que l'entité pourrait facturer des frais plus élevés que ceux permis précédemment, il a été convenu de préciser dans le Guide que l'entité ne pouvait pas recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité) par le biais de cette disposition. Il a été précisé que le prix demandé devait se limiter aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant).

76. Il a été convenu de supprimer les mots "qui en font la demande" au paragraphe 10.

Article 17. Abandon de la passation de marché

77. Le Groupe de travail a noté que l'article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 183 à 208). Il a également pris note d'un certain nombre de questions soulevées à propos des dispositions par les experts que le Secrétariat avait consultés, par exemple la question de savoir s'il fallait ajouter les mots ci-après au paragraphe 1: "[, à condition que les circonstances à l'origine de l'abandon [n'aient pu être prévues par] [ne résultent pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de la part de] l'entité adjudicatrice]". On a expliqué qu'il avait également été indiqué lors des consultations que, même dans de telles circonstances, l'intérêt général serait probablement mieux servi si la passation était abandonnée, pour autant qu'une telle décision produise des conséquences (telles que le remboursement du coût de présentation des soumissions). Le Groupe de travail a donc été invité à examiner si le libellé proposé devrait être inséré au paragraphe 1 ou au paragraphe 3 en rapport avec la question de la responsabilité. Il a en outre été invité à examiner si l'abandon de la passation pourrait faire naître une responsabilité uniquement envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions avaient été ouvertes. Il a été noté à cet égard que, selon les experts consultés par le Secrétariat, il était admis depuis

toujours que les fournisseurs ou entrepreneurs présentaient leurs soumissions à leurs risques et périls et assumaient les dépenses y afférentes, mais que cette situation changeait une fois que les soumissions avaient été ouvertes.

78. Il a été convenu que le paragraphe 1 serait conservé en l'état; que les mots "qui en fait la demande" seraient supprimés du paragraphe 2; que le contenu de la note 14 serait reflété dans la Loi type sans donner l'impression toutefois que le droit d'invoquer le paragraphe 1 était soumis à une quelconque condition préalable, explicite ou implicite; et que le contenu de la note 16 serait reflété dans le Guide. En outre, il a été convenu que l'article n'aborderait pas les questions de réparation et des autres voies de droit. Il a cependant été admis que l'article, tel que révisé, aurait des conséquences pour les dispositions de la Loi type relatives aux recours.

79. En ce qui concerne le paragraphe 3, trois questions ont été dégagées: si l'entité devrait avoir la possibilité d'abandonner la passation avant et après l'ouverture des soumissions (question à laquelle il a été répondu affirmativement); si l'abandon à l'une ou l'autre de ces étapes devrait être justifié et, dans ce cas, quelles justifications seraient requises; et quelle responsabilité pourrait naître en vertu du droit des contrats ou de tout autre droit. L'avis a été exprimé que les questions de responsabilité sortaient du champ d'application de la Loi type et qu'en conséquence elles ne devraient pas être traitées dans l'article. On a jugé préférable d'expliquer dans le Guide que l'entité adjudicatrice encourait une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit.

80. Après discussion, il a été proposé, au paragraphe 3, que le texte entre crochets soit supprimé et que les mots "à moins que l'abandon de la passation ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part" soient insérés au début du paragraphe. Il a été noté que le libellé proposé concernait aussi les événements imprévisibles et qu'une responsabilité naîtrait dans des circonstances exceptionnelles.

81. L'article avait pour objet, a-t-on estimé, de trouver le juste équilibre entre la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure à tout stade du processus de passation régi par la Loi type et la nécessité d'accorder une protection appropriée aux fournisseurs et entrepreneurs contre les actes irresponsables des entités adjudicatrices. Il a été noté que certaines entités abusaient en fait de cette possibilité d'abandonner la passation pour étudier le marché. Il a été convenu que le commentaire du Guide relatif à l'article traiterait ces questions.

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

82. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 19. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

83. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 de cet article avait été révisé à l'issue de son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 214 à 222).

84. Il a été proposé de supprimer, de l'alinéa a) du paragraphe 1, les mots "as an inducement" dans la version anglaise, afin de prendre en compte les pots-de-vin et

avantages financiers, tels que ces termes étaient interprétés dans certains États, et pour assurer la cohérence avec l'article 8 de la Convention des Nations Unies contre la corruption² (qui visait généralement tous les actes de corruption). Un certain appui a été exprimé en faveur de cette suppression, mais l'on s'est inquiété de ce que la modification proposée, d'une part, n'ait l'effet inverse, à savoir exclure les pots-de-vin du champ d'application des dispositions en cause et, d'autre part, ne permette de rejeter une soumission en raison d'un avantage financier d'une valeur insignifiante, qui ne pourrait pas influencer le comportement de l'entité adjudicatrice.

85. En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir que les dispositions de cet article devraient être subordonnées à d'autres branches du droit qui régissaient les questions d'anticorruption et que ce point devrait être évoqué dans le Guide. À cet égard, on a souligné l'utilité de l'article 3. On a estimé que le fait de régler les questions visées dans l'article 19 sans renvoi à d'autres branches appropriées du droit risquait d'engendrer une confusion inutile, des incohérences et une mauvaise interprétation des politiques anticorruption de l'État adoptant. On a toutefois attiré l'attention sur le fait qu'un tel renvoi ne devrait pas, involontairement, faire croire à tort qu'une condamnation pénale serait une condition préalable au rejet d'une soumission.

86. On a dit préférer le libellé des versions espagnole et française, pour rendre compte de "l'influence" que l'avantage financier exerçait sur le comportement de l'entité adjudicatrice. Selon une autre proposition, il convenait d'employer le terme "improper inducement" (incitation irrégulière).

87. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait remplacer, dans la version anglaise, les mots "as an inducement with respect to" par les mots "so as to influence" (pour influencer).

88. Il a été proposé que l'alinéa b) du paragraphe 1 parle d'avantage concurrentiel injuste "avéré" pour éviter d'exclure les fournisseurs ou les entrepreneurs faisant encore l'objet d'une enquête. On a toutefois estimé que cette considération s'appliquait à tous les cas énumérés dans le paragraphe et était implicite dans toutes les situations visées par l'article.

89. En réponse à une question posée au sujet de la teneur de la note de bas de page 19, il a été convenu que le Guide traiterait la question du rejet injustifié et de l'instauration d'un mécanisme prévoyant un dialogue sur les conflits d'intérêts potentiels, qui s'inspirerait des dispositions de l'article 18 régissant l'examen des soumissions anormalement basses.

90. Il a été proposé que le commentaire correspondant du Guide aborde par exemple les questions suivantes: i) les règles applicables (par exemple les consultants associés à la rédaction du dossier de sollicitation ne devraient pas être autorisés à participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier était utilisé); ii) les difficultés à établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique; iii) l'association des dispositions relatives aux conflits d'intérêts (qui concernaient une situation) et des dispositions sur la corruption (qui

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

était un acte illicite) risquait d'être source de confusion et devrait être évitée; et iv) comment la situation d'une filiale devrait être traitée.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché (voir également A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 28)

91. Il a été noté qu'on pourrait assurer une plus grande simplification et uniformisation en fusionnant en un seul article toutes les dispositions sur les restrictions à la divulgation d'informations, telles que celles énoncées à l'alinéa b) du paragraphe 2 (voir également le paragraphe 102 ci-dessous). Pour parvenir à cette même fin, toutes les dispositions renvoyant aux informations à consigner dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché, comme celles visées au paragraphe 3, ne devraient être mentionnées qu'à l'article 23 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché, étant entendu que le commentaire du Guide accompagnant les dispositions en question renverrait à cet article.

92. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa c) du paragraphe 2 avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 230 et 237). Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, que le paragraphe soit de nouveau reformulé de manière à mentionner un délai d'attente d'une durée raisonnable tenant compte des conditions du marché considéré, sans fixer de durée spécifique.

93. Le Groupe de travail a examiné la question du retour d'information d'une manière générale dans le cadre du projet de loi type révisée et en particulier dans le contexte du paragraphe 2 et de la note de bas de page 25. On a rappelé et renouvelé la proposition, formulée à la quarante-deuxième session de la Commission, selon laquelle il serait utile d'aborder les questions concernant le retour d'information aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'avait pas été retenue dans le Guide plutôt que dans les dispositions de la Loi type (A/64/17, par. 240). Il a été expliqué que les méthodes régissant le retour d'information variaient sensiblement non seulement d'un État à l'autre, mais aussi d'un marché à l'autre et que les dispositions en la matière n'étaient pas facilement applicables. Le Groupe de travail est convenu que seul le Guide devrait aborder la question du retour d'information.

94. Face à l'inquiétude suscitée par le fait que l'article laissait entendre qu'en toutes circonstances une seule soumission serait retenue, il a été dit que cette question serait abordée dans la définition de la soumission à retenir (comme cela avait été fait pour le terme "marché").

95. Dans le contexte des paragraphes 3 et 11 et de la note de bas de page 31, le Groupe de travail s'est demandé si l'article dans son ensemble ou seules certaines de ses dispositions devraient s'appliquer aux accords-cadres et, dans l'affirmative, à quel type d'accord-cadre et à quel stade. Il a noté qu'à la quarante-deuxième session de la Commission l'examen des paragraphes 3 et 11 de l'article dans le contexte des accords-cadres avait été remis à plus tard (A/64/17, par. 242, 243 et 247). Il a rappelé que les avis avaient jusque-là divergé sur le point de savoir s'il était souhaitable de prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre (A/CN.9/668, par. 141 à 144). Il a été invité à examiner la possibilité de prévoir un bref délai d'attente, qui pourrait apaiser les craintes exprimées au sujet de la rapidité requise pour attribuer des marchés au titre d'un

accord-cadre et qui, compte tenu des difficultés plus limitées que pourrait poser l'attribution de tels marchés, laisserait aussi suffisamment de temps aux fournisseurs. Il a été noté que, dans les accords-cadres électroniques, ce délai pourrait être extrêmement bref et que, dans les accords-cadres ouverts, aucun délai d'attente ne serait nécessaire.

96. Après discussion, il a été convenu que les étapes de la procédure d'accord-cadre comportant une mise en concurrence, à savoir l'attribution des accords-cadres fermés et l'attribution de marchés consécutive à une mise en concurrence lors de la deuxième étape de tous les accords-cadres, feraient l'objet d'un délai d'attente approprié. Lorsque la deuxième étape ne comportait pas une réelle mise en concurrence mais consistait plutôt à opérer la sélection en fonction du meilleur prix à partir de la liste des offres, les dispositions relatives au délai ne s'appliqueraient pas et une référence appropriée serait insérée dans le Guide.

97. Il a également été proposé que les dispositions relatives au délai d'attente dans le contexte des accords-cadres soient traitées au chapitre VII, de manière à tenir compte des différents types d'accords-cadres. Le Groupe de travail a estimé que ces questions devraient être de nouveau examinées dans le détail lorsque les dispositions relatives aux accords-cadres seraient abordées.

98. Le Secrétariat a été prié d'expliquer pourquoi le paragraphe 6 faisait référence au ministère compétent et de supprimer cette référence si rien dans l'historique des dispositions ne la justifiait.

Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

99. Le Groupe de travail a noté que cet article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 265) et aux consultations du Secrétariat avec les experts.

100. Une préférence a été exprimée en faveur du maintien du mot "périodiques" au paragraphe 3, car il offrait plus de souplesse aux États adoptants, et de la suppression de la référence aux avis trimestriels, à condition de souligner dans le Guide que le mot "périodiques" ne devrait pas être interprété comme autorisant la publication à intervalles trop longs. On a proposé d'indiquer dans le Guide que les avis d'attribution des marchés visés à l'alinéa a) du paragraphe 2 devraient être publiés au moins une fois par an.

Article 22. Confidentialité

101. Le Groupe de travail a noté que cet article avait été révisé suite à son examen par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 248 à 266) et aux consultations du Secrétariat avec les experts. Il a également noté que les mots "l'instance de recours ou un tribunal compétent" devraient être examinés conjointement avec l'article 23-4, où cette même question était en suspens.

102. Le Groupe de travail a rappelé la proposition formulée plus tôt dans le cours de la session, selon laquelle toutes les dispositions concernant la divulgation d'informations, y compris les restrictions à la divulgation d'informations classifiées, devraient être fusionnées pour former un seul et même article (voir par. 91 ci-dessus). Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail a confié au Secrétariat le soin de rédiger cet article.

103. Concernant les mots “l’instance de recours ou un tribunal compétent”, on a fait remarquer que toutes les dispositions où se posait la question devraient invariablement faire référence au tribunal compétent ainsi qu’à toute autre instance compétente désignée par l’État adoptant. On a proposé que le Guide indique quelles pouvaient être ces autres instances, notamment celles mentionnées au chapitre VIII du projet de loi type révisée. Selon un autre point de vue, il faudrait énumérer les options parmi lesquelles les États adoptants pourraient choisir dans la Loi type et non dans le Guide.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

104. Il a été convenu d’employer les mots “qui inclut” au lieu de “qui comporte, au minimum,” dans le chapeau du paragraphe 1. Des réserves ont été émises à propos de la suppression des mots “au minimum”, car elle ôterait toute souplesse et exigerait que les dispositions soient exhaustives. En réponse, on a fait observer que le libellé proposé ne laissait pas entendre que les dispositions seraient exhaustives.

105. Il a été convenu de remplacer, dans l’alinéa r) du paragraphe 1 du texte anglais, le mot “claim” par “complaint” (tous deux traduits par “réclamation” dans le texte français), étant donné que c’était le terme utilisé dans le chapitre VIII.

106. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 5 proposé était nouveau, qu’il avait été ajouté conformément à une proposition des experts consultés par le Secrétariat, et qu’il s’inspirait des dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies contre la corruption. On a proposé que le Guide explique, en ce qui concerne cet article, la nécessité de conserver les documents et renvoie aux règles applicables à leur enregistrement et archivage. Il a en outre été noté que, si l’État adoptant estimait que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec les dossiers de la passation d’un marché particulier, il pourrait inclure une disposition à cet effet dans les règlements.

B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d’utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 9 et 11 à 14, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2)

Article 24. Méthodes de passation des marchés

107. On a rappelé que le Groupe de travail avait décidé de prévoir dans la Loi type révisée plusieurs méthodes de passation au choix afin de tenir compte des différents types de marchés passés. On a admis que, face à la diversité des types de marchés dans la pratique, la liste des méthodes de passation possibles était longue. La proposition de raccourcir la liste en supprimant certaines méthodes ou en les regroupant comme dans l’AMP de l’OMC n’a pas été appuyée.

108. On s’est inquiété de ce que le projet de loi type révisée introduisait des concepts qui ne figuraient pas dans la Loi type de 1994, tels que l’appel d’offres ouvert. Il a été noté, en réponse, que ce terme était équivalent au terme “appel d’offres” dans le texte de 1994, mais que l’adjectif “ouvert” avait été ajouté à des fins d’harmonisation avec d’autres textes sur la passation de marchés et pour distinguer cette méthode de l’appel d’offres restreint.

109. On a fait observer que toutes les méthodes de passation envisagées dans le projet de loi type révisée devraient être énumérées au paragraphe 1 et que, dans le texte anglais, les mots “under the conditions of articles 25 to 27” figurant à la fin de ce paragraphe devraient être déplacés vers le chapeau du même paragraphe afin d’en faciliter la lecture.

Article 25. Règles générales applicables au choix d’une méthode de passation de marché

110. On a craint que le paragraphe 1 ne modifie la teneur de l’article 18-1 de la Loi type de 1994, qui rendait l’appel d’offres obligatoire pour les marchés de biens ou de travaux, mais pas pour les marchés de services, même s’il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de supprimer la distinction entre la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Il a été noté en réponse que la formulation actuelle s’expliquait notamment par le fait que les méthodes prévues en 1994 pour les biens et les services étaient similaires sur le plan de la procédure, et que les différences entre elles tenaient principalement au degré de précision des spécifications et au degré de souplesse autorisé pour ce qui était des critères d’évaluation. Il a été expliqué que, ces points étant traités comme une question de principe général dans les articles relatifs à la description de l’objet du marché et aux critères d’évaluation (art. 10 et 11) du projet de loi type révisée, les procédures et le choix entre elles pouvaient être simplifiés tel que proposé dans le projet de loi type révisée.

111. On a suggéré que le paragraphe 1 de l’article s’applique plutôt aux marchés pour lesquels les spécifications pouvaient être formulées dès le début de la passation. En même temps, on a reconnu qu’en indiquant que le recours à l’appel d’offres ouvert était le meilleur moyen d’assurer la concurrence et la transparence, le projet de loi type révisée préservait l’esprit général de l’article 18.

112. Le Secrétariat a été prié de réviser l’article de manière à ce que le texte indique que le recours à l’appel d’offres ouvert pour les marchés de services consultatifs ou intellectuels non quantifiables ne serait pas approprié.

Article 26. Conditions d’utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d’offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

113. S’agissant du paragraphe 2, une préférence a été exprimée pour l’emploi des mots “d’économie et d’efficacité”, repris du préambule de la Loi type. On s’est par ailleurs demandé s’il était utile de faire référence à l’économie et à l’efficacité dans cet article, car ces considérations s’appliquaient à toute passation de marché. Il a en outre été proposé de supprimer la condition concernant l’économie et l’efficacité, en la remplaçant par les mots “si cela est nécessaire pour des raisons d’économie et d’efficacité” tels qu’ils figuraient dans la Loi type de 1994, et de faire référence à l’économie et à l’efficacité à l’article 25-2. Il a été noté que, de cette manière, ces mots s’appliqueraient à toutes les méthodes de passation. On a exprimé des réserves sur le point de savoir s’il convenait de laisser entendre que l’économie et l’efficacité étaient les principales considérations dans le choix entre les méthodes de passation prévues aux articles 27 à 29.

114. On a également craint que la référence à l'économie et à l'efficacité n'introduise deux niveaux de conditions au paragraphe 2, qui n'étaient pas nécessairement compatibles entre elles. Il a été noté que le premier niveau de conditions était contenu aux alinéas a) et b) du paragraphe, le second correspondant à l'exigence d'aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité. Il a été estimé que, si les conditions posées à l'alinéa b) reflétaient la notion d'économie et d'efficacité maximales, celles énoncées à l'alinéa a) n'étaient pas réellement liées à cet objectif de maximisation. Il a été ajouté qu'en faisant référence à l'économie et à l'efficacité uniquement dans cet article, on pouvait laisser entendre soit que d'autres méthodes étaient jugées moins économiques et efficaces, soit que, en cas d'appel d'offres restreint, ces objectifs étaient considérés comme primordiaux.

115. Selon l'avis qui a prévalu, la référence à l'économie et à l'efficacité devait être supprimée des dispositions du paragraphe 2.

116. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été proposé de faire référence, dans l'article 24, à tous les seuils financiers applicables au choix d'une méthode de passation ou d'un type de sollicitation conformément au projet de loi type révisée.

117. Pour ce qui est du paragraphe 4, il a été confirmé que les dispositions visaient à autoriser la passation des marchés de services quantifiables simples, pour lesquels l'attribution se faisait sur la base de la soumission conforme au prix le plus bas, dans certains cas dans le cadre d'un budget fixe (voir plus loin par. 177). On s'est toutefois inquiété de l'absence de conditions spécifiques régissant le recours à cette méthode (voir plus loin par. 174).

118. S'agissant d'une question soulevée dans la note 58, une préférence a été exprimée pour l'emploi du terme "financiers", plutôt que "commerciaux" ou "relatifs au prix", de manière à englober le coût complet sur le cycle de vie, les frais d'exploitation et les conditions de financement, ainsi que le prix lui-même. Toutefois, on s'est demandé si cette solution était compatible avec les dispositions de l'article 41. Il a été convenu que le libellé de ces dernières serait harmonisé avec celui de l'article 26-4.

119. Selon une autre opinion, seule la référence au prix devait être conservée compte tenu des dispositions de l'article 41-8 a) et de la pratique dans certains États qui consistait, dans des systèmes à deux enveloppes, à examiner uniquement le prix après l'évaluation des aspects techniques des soumissions. Selon l'avis qui a prévalu, l'adjectif "financiers" devrait être utilisé. (Voir en outre le paragraphe 176 ci-dessous; pour la discussion qui a suivi sur les méthodes de passation du chapitre IV, voir les paragraphes 159 à 181 ci-dessous.)

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives et négociations avec appel à la concurrence)

120. Une question générale a été posée concernant la manière dont les méthodes de passation étaient regroupées aux articles 26 et 27. Par exemple, l'appel d'offres en deux étapes était considéré comme une variante de l'appel d'offres ouvert et par conséquent, a-t-on dit, aurait davantage sa place à l'article 26 qu'à l'article 27. Selon un autre point de vue, ce regroupement traduisait une approche du choix des

méthodes de passation qui différait de celle prévue à l'article 19-1 a) du texte de 1994.

121. Il a été répondu que le principal critère de distinction entre les méthodes de passation décrites aux articles 26 et 27 était la question de savoir si une description adéquate pouvait ou non être formulée dès le début de la procédure. Il a cependant été reconnu que la possibilité ou non pour l'entité adjudicatrice de rédiger des spécifications complètes n'était pas le critère de définition pour tous les cas envisagés à l'article 27. On a fait observer à cet égard que l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin de recourir au dialogue ou aux négociations avec des fournisseurs, soit parce qu'elle était dans l'impossibilité de rédiger ses spécifications, soit parce que ce dialogue ou ces négociations étaient nécessaires pour passer un marché dans les situations visées à l'article 27-1 b) à d) et à l'article 27-2.

122. Il a été noté que l'article 26-1 parlait d'une description "détaillée" de l'objet du marché, tandis que l'article 27-1 a) se référait à une description "suffisamment complète", et il a été dit que ces expressions devraient être harmonisées. (Voir le paragraphe 193 ci-dessous pour une modification supplémentaire de l'article 27-1 a) convenue à la suite de l'examen du chapitre V sur les méthodes de passation des marchés.)

123. À l'issue d'une discussion, au cours de laquelle des cas de passations fondées sur un dialogue ou des négociations ont été exposés, il a été convenu que la grande distinction entre les articles 26 et 27 du texte dont était saisi le Groupe de travail serait maintenue et que cette distinction correspondait bien à l'approche suivie à l'article 19-1 a) du texte de 1994.

124. Il a été souligné que les méthodes de passation énumérées à l'article 27 s'inscrivaient dans l'approche qui consistait à proposer plusieurs "outils" au choix. Les avis ont divergé sur la meilleure façon de formuler cette approche: certains ont considéré que, face à la grande diversité des situations qui surviendraient dans la pratique, tous les outils envisagés par l'article devraient être disponibles de manière souple; d'autres ont estimé que l'article 27 dans sa rédaction actuelle devrait établir une distinction entre les différentes méthodes traitées et prévoir pour chacune d'elles des conditions d'utilisation, notamment afin d'éviter les abus.

125. Il a été demandé à cet égard si le projet de texte donnait suffisamment d'indications: des règles et normes étaient prévues pour aider à choisir entre d'autres méthodes de passation, mais non pour choisir entre les méthodes énumérées à l'article 27. On a aussi fait observer que les conditions d'utilisation ne pouvaient traiter entièrement les considérations soulevées par le choix de la méthode de passation et qu'en fait il ne conviendrait peut-être pas qu'elles le fassent. On a ajouté que le choix ne serait peut-être pas susceptible de contestation dans la pratique et que l'essentiel devrait être de permettre une prise de décisions structurée de la part de l'entité adjudicatrice et de gérer les risques que de telles décisions pouvaient comporter. Il a été convenu que ces questions seraient abordées lors de l'examen ou à la suite de l'examen par le Groupe de travail des procédures prévues pour chaque méthode concernée. Il a été convenu également qu'un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues à l'article 27 serait nécessaire dans le Guide, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices. Le commentaire devrait en outre aborder les éléments de

ce choix qui ne pouvaient pas faire l'objet d'un texte législatif et devrait s'inspirer d'exemples tirés de la pratique.

126. Le Groupe de travail a été exhorté à préserver la continuité du droit dans la mesure du possible tout en améliorant le texte par voie de réforme, de façon à limiter les difficultés de mise en œuvre des réformes et à tenir compte des coûts de cette mise en œuvre, ainsi que pour éviter les utilisations inappropriées et la confusion dans les États qui avaient incorporé le texte de 1994, en ce qui concerne surtout l'introduction de nouvelles méthodes de passation.

127. S'agissant des méthodes de passation décrites à l'article 27, les points suivants ont été soulevés: dans l'appel d'offres en deux étapes, normalement, l'entité adjudicatrice définirait ses besoins avant d'engager la procédure de passation, éventuellement en recourant à des consultants. Cette méthode reposerait normalement, mais pas nécessairement, sur un dialogue lors de la première étape pour élaborer les spécifications en vue de la deuxième étape. En ce qui concerne la demande de propositions avec dialogue, une partie des étapes de conception et de développement pourrait se dérouler dans le cadre de la passation même, au moyen d'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs. On a remarqué que cette dernière approche s'était largement développée depuis la publication du texte de 1994 et qu'il serait utile d'en tenir compte dans le projet de texte révisé dans le but d'aboutir à plus d'économie et d'efficacité. Il a été ajouté que les procédures prévues pour ces deux méthodes de passation étaient similaires, avec une différence importante cependant, car l'appel d'offres en deux étapes porterait en définitive sur une seule solution technique tandis que la demande de propositions avec dialogue aboutirait à plusieurs propositions qui pourraient contenir différentes solutions.

128. Il a été demandé si toutes les méthodes envisagées dans l'article devaient être conservées et si certaines devaient être réservées à des types particuliers de marchés, comme les marchés de services de consultants. Le Groupe de travail est convenu de traiter cette question lorsqu'il examinerait les procédures pour chaque méthode de passation, conjointement avec les conditions d'utilisation correspondantes. Il a toutefois confirmé sa position selon laquelle, en principe, toutes les méthodes pouvaient être utilisées pour tous les types de passation de marchés. En outre, il est convenu d'examiner ultérieurement si les négociations avec appel à la concurrence devraient être possibles dans toutes les situations définies à l'article 27, ou dans certaines d'entre elles, eu égard en particulier au caractère non structuré et souple de la procédure sur laquelle reposait cette méthode.

129. Il a été rappelé que les négociations avec appel à la concurrence pouvaient être utilisées dans les situations d'urgence conformément à l'article 27-2, tout comme pouvait l'être la sollicitation d'une source unique conformément à l'article 29 b). Il a été convenu que le choix approprié entre ces méthodes devrait tenir compte du degré d'urgence auquel l'entité adjudicatrice devait faire face et le Secrétariat a été prié de refléter ce point dans le texte. (Voir les paragraphes 182 à 210 ci-dessous pour la discussion sur les méthodes de passation de marchés du chapitre V.)

Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

130. On a constaté une incohérence entre certaines versions linguistiques et la version anglaise du texte, en particulier en ce qui concerne la référence à la

possibilité de formuler une description de l'objet du marché. Le Secrétariat a été prié de s'assurer que toutes les versions linguistiques soient cohérentes.

Article 29. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique

131. On a convenu qu'il faudrait ajouter la conjonction "ou" à la fin de l'alinéa d). On a en outre rappelé qu'il avait été convenu que l'article 29 b) devrait mentionner un degré d'urgence plus élevé que l'article 27-2 (voir par. 129 ci-dessus).

C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.3)

Article 30. Procédures de sollicitation des offres

132. Il a été convenu de supprimer la numérotation du paragraphe et de replacer, en début de phrase, l'actuel renvoi à l'article 16 par les mots "à moins qu'une procédure de préqualification n'ait été engagée".

Article 31. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

133. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise au sujet des mots "au minimum" à l'article 23-1 (voir par. 104 ci-dessus). Il était entendu que la même modification serait apportée à l'article 31 et ailleurs dans le même contexte.

Article 32. Communication du dossier de sollicitation

134. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé que le Guide examinerait la question des coûts de communication de la documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir par. 75 ci-dessus). Il a été convenu que le commentaire du Guide consacré à l'article 32 devrait examiner la même question.

Article 33. Teneur du dossier de sollicitation

135. Il était entendu que la modification convenue plus tôt au cours de la session en ce qui concerne les mots "au minimum" devrait également être apportée à l'article 33 (voir par. 104 ci-dessus).

136. Il a été convenu, à l'alinéa d), de remplacer les mots "qui sera commandée" et "à exécuter" par le mot "requis" et d'ajouter une référence au lieu de livraison des biens. On a proposé de rétablir le libellé de la Loi type de 1994, qui mentionnait "la nature et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter les biens, les travaux ou les services" et qui avait été remplacé par le terme défini "description de l'objet du marché" et par un renvoi à l'article 10. Les mots "quantité de services" ont suscité des inquiétudes.

137. Concernant les mots "quantité de biens", il a été demandé si les dispositions signifiaient que la quantité de biens devait toujours être fixée dans le dossier de sollicitation, ce qui empêcherait l'entité adjudicatrice d'envisager des options pour l'achat de quantités de biens supplémentaires. Une distinction a été faite entre cette pratique courante et les cas mentionnés à l'article 29 c). On a rappelé que le projet de loi type révisée exigeait que les quantités soient déterminées avec certitude, sauf pour les accords-cadres, ce qui signifierait que le dossier de sollicitation devrait

indiquer au moins la quantité maximale de biens qu'il était envisagé d'acquérir dans tous les cas.

138. En réponse à une question concernant les mots "le cas échéant, le délai souhaité ou requis", il a été confirmé que les dispositions envisageaient en effet que l'entité adjudicatrice ait la possibilité de déterminer le délai de livraison de l'objet du marché en fonction de ses besoins.

139. On a rappelé que des modifications devraient être apportées en ce qui concerne l'emploi du mot "modalités" aux alinéas n) et q) (voir par. 72 ci-dessus). Le Secrétariat a également été prié de reformuler l'alinéa v) pour le rendre plus clair.

Article 34. Présentation des offres

140. Une réserve a été exprimée quant à la proposition d'ajouter au paragraphe 4, après le mot "promptement", les mots "et au même moment". Il était entendu que le mot "promptement" recouvrait le sens que les mots proposés impliquaient.

141. On s'est inquiété de ce que les dispositions du paragraphe 6 manquaient de souplesse. On a rappelé l'historique des dispositions et le commentaire du Guide, d'où il ressortait que ces dispositions avaient été libellées de cette manière pour apporter les garanties nécessaires contre les abus.

Article 35. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

142. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session il avait reporté l'examen de cet article, qui se fondait sur l'article 31 de la Loi type de 1994, au vu des avis divergents qui avaient été exprimés quant à la proposition de supprimer la seconde phrase dans le paragraphe 2 a) (A/CN.9/668, par. 175 et 176).

143. On a fait observer que, si les dispositions qu'il était proposé de supprimer étaient superflues du point de vue technique, elles apparaissaient dans certaines lois relatives à la passation des marchés et il pouvait être utile de les conserver pour montrer aux États adoptants les conséquences du refus des fournisseurs ou des entrepreneurs de proroger, à la demande de l'entité adjudicatrice, la période de validité de leur offre. Selon l'avis qui a prévalu, la partie de la phrase commençant par les mots "et son offre" jusqu'à la fin de la phrase devrait être supprimée de l'article et être reflétée dans le Guide.

144. Il a été proposé que, dans la version anglaise, le terme "submission security" (garantie de soumission), et non "tender security", soit systématiquement employé dans l'ensemble de la Loi type révisée. Selon un avis, le Groupe de travail devrait reporter l'examen des questions de terminologie.

Article 36. Ouverture des offres

145. Il a été convenu que, pour les raisons expliquées dans le commentaire du Guide sur l'article 33 de la Loi type de 1994, il était bon de ne laisser s'écouler aucun laps de temps entre la date limite de présentation des offres et le moment de leur ouverture. Les avantages supplémentaires de cette disposition ont également été notés, à savoir, en particulier, qu'elle permettrait aux fournisseurs de garder le contrôle de leur offre avant l'ouverture et favoriserait ainsi leur participation et leur présence à l'ouverture.

146. On a fait observer que le paragraphe 1 ne reflétait pas nécessairement la pratique. On a également noté qu'il y avait moins de risques d'irrégularités après la date limite de présentation des offres qu'avant cette date. Il a donc été proposé de modifier cette disposition. Selon une proposition, celle-ci devrait uniquement prévoir que: "Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation". Selon une autre proposition, il fallait reformuler le paragraphe 1 comme suit: "Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation. Le dossier de sollicitation spécifie l'heure, la date, le lieu, le mode et les procédures d'ouverture des offres."

147. Selon une autre proposition, il fallait remplacer les mots "au moment" par les mots "promptement après le moment", au motif que le libellé actuel du paragraphe 1 était inexact, car il faisait mention de l'ouverture des offres à la date limite et non immédiatement après.

148. Des objections ont été exprimées à l'égard des modifications qu'il était proposé d'apporter aux dispositions du texte de 1994, lesquelles étaient considérées comme une exigence essentielle dans la passation des marchés qui encouragerait l'entité adjudicatrice à exercer une plus grande diligence dans la fixation de la date limite de présentation des soumissions, étant entendu que cette date limite serait également le moment de l'ouverture des offres. Il a été souligné qu'il était essentiel d'assurer la sécurité juridique en définissant dans le dossier de sollicitation le moment précis de l'ouverture des offres, qui devrait coïncider avec la date limite de leur présentation.

149. On a estimé que les différentes solutions proposées affaibliraient les exigences du texte de 1994. S'agissant en particulier des mots proposés "promptement après le moment", il a été dit que ces mots étaient subjectifs et risquaient de faire l'objet d'une interprétation trop extensive. Il a été demandé si, à la place, le libellé "promptement au moment" serait préférable. Selon une autre proposition, cette disposition pourrait débiter par les mots: "L'ouverture des offres commence au moment".

150. Il a été convenu que le libellé de 1994 serait maintenu, étant entendu que le Guide expliquerait les risques qu'il y avait à s'écarter des exigences de la Loi type et les considérations d'ordre pratique dont il fallait tenir compte pour se conformer à ces exigences.

Article 37. Examen, évaluation et comparaison des offres

151. Le rétablissement du libellé de 1994 du paragraphe 1 b) et la suppression du paragraphe 3 b) proposé ont été appuyés. Dans la discussion qui a suivi, il a été décidé de rétablir également le libellé de 1994 du paragraphe 3 b). En relation avec ces paragraphes, il a été proposé que le Guide explique les règles et principes applicables à la correction, par l'entité adjudicatrice, des erreurs arithmétiques. On s'est demandé s'il pouvait être utile d'exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont de telles erreurs seraient corrigées.

152. S'agissant du paragraphe 2 a), la suppression du mot "uniquement" et le maintien du mot "considère" (pour les raisons indiquées à la note 32) et de la formule "à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi" ont été appuyés.

153. Il a été proposé et convenu de supprimer, au paragraphe 4 b) i), la référence aux marges de préférence, et de traiter de ce cas au paragraphe 4 b) ii), en y supprimant par ailleurs les mots “si l’entité adjudicatrice l’a stipulé dans le dossier de sollicitation”. Des réserves ont été exprimées quant à la proposition de remplacer le terme “offre la plus basse selon l’évaluation” par le terme “offre la plus avantageuse”. Le premier, jugé le moins ambigu, avait été utilisé dans le texte de 1994, entre autres choses pour insister sur l’importance du prix dans la procédure d’appel d’offres. On a suggéré que le Guide explique que, dans certains pays, d’autres termes pouvaient être utilisés dans le même sens.

154. On s’est accordé sur le fait que le sens recherché par le terme actuel et les variantes proposées était que l’entité adjudicatrice voulait obtenir le meilleur rapport qualité-prix. La plupart des délégations ont jugé que le terme actuel prêtait à confusion sur ce point. Il a été confirmé que de nombreux États employaient le terme “offre économiquement la plus avantageuse” ou “offre la plus avantageuse”, ou que la loi expliquait la notion de meilleur rapport qualité-prix en énumérant les considérations qui devaient être prises en compte par l’entité adjudicatrice dans le processus d’évaluation et en précisant la manière dont elles devaient l’être.

155. Selon l’avis qui a prévalu, le terme actuel devait être remplacé par le terme “offre la plus avantageuse” ou un terme similaire. Pour appuyer cet avis, on a expliqué que cette modification mettrait en évidence l’évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994, en particulier le fait que l’on attendait de l’entité adjudicatrice qu’elle obtienne la solution la meilleure, même si elle n’était pas nécessairement la moins chère. Il était entendu que le Guide donnerait des précisions sur cette évolution.

156. Il a été noté que deux délégations s’opposaient à ce que le terme “offre la plus basse selon l’évaluation” soit remplacé dans la Loi type révisée. Il était estimé qu’une telle modification irait au-delà du mandat que le Groupe de travail avait reçu de la Commission, et que les autres termes proposés pouvaient être présentés dans le Guide. Il a également été fait remarquer qu’une modification de ce type aurait des incidences négatives et coûteuses sur les États qui avaient déjà adopté une loi et renforcé leurs capacités en se fondant sur la version de 1994.

157. Pour ce qui était du paragraphe 5, il a été proposé que les dispositions fassent référence au taux de change à la date d’ouverture des offres, pour tenir compte de la fluctuation des taux. Selon un autre avis, le dossier de sollicitation devait préciser la date applicable. On s’est par ailleurs inquiété du fait que les dispositions ne traitaient pas de la monnaie qui serait utilisée dans l’évaluation des offres. L’attention du Groupe de travail a été appelée sur l’article 33 s), dans lequel ces questions étaient traitées. Le Secrétariat a été chargé de reformuler les dispositions des articles 37-5 et 33 s) dans la mesure nécessaire pour tenir compte des avis exprimés au cours de la session.

Article 38. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

158. Il a été dit que, si le principe n’était pas remis en cause dans le contexte de la procédure d’appel d’offres, son application dans le cadre d’autres méthodes de passation serait analysée en temps utile.

D. Chapitre IV. Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 15 à 20 et 28, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4)

Article 39. Appel d'offres restreint

159. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3, qui contenait les trois options que le Groupe avait précédemment examinées pour l'article. Il a été noté que le projet de loi type révisée ne contenait qu'une option, fondée sur les consultations du Secrétariat tenues avec les experts, le projet soumis à ce dernier par le comité de rédaction informel en juillet 2009 et les dispositions relatives aux conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint formulées à l'article 26 du chapitre II du projet de loi type révisée.

160. Les situations traitées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 ont été examinées. On a fait observer que l'alinéa b), lorsqu'il était lu conjointement avec le paragraphe 2, donnerait en fait lieu à une procédure comprenant un appel d'offres ouvert avec préqualification. On a également fait observer que l'alinéa b) lu conjointement avec le paragraphe 3 ne permettrait pas d'atteindre l'objectif souhaité, à savoir économiser du temps et de l'argent. Selon un autre avis, l'alinéa a) devait être supprimé, en raison d'un facteur de subjectivité dans l'identification des fournisseurs à inviter à participer à la procédure et compte tenu de l'utilisation croissante des techniques du commerce électronique. Selon l'avis qui a prévalu, les deux alinéas devaient être maintenus mais le Guide pourrait donner des exemples de situations exceptionnelles dans lesquelles le premier motif s'appliquerait.

161. Des éclaircissements ont été demandés au sujet du paragraphe 2, qui renvoyait à la fois à la préqualification et à la présélection. Il a été fait remarquer que ces termes ne devaient pas être utilisés l'un pour l'autre et que de ce fait le renvoi à l'article 16 sur la préqualification prêtait à confusion. On a exprimé une réserve à propos de l'idée d'introduire le concept de "présélection" et les procédures de présélection dans la loi type révisée, en notant que le résultat recherché, à savoir limiter le nombre de fournisseurs préqualifiés, pourrait être obtenu grâce aux procédures de préqualification si les conditions de préqualification étaient suffisamment exigeantes.

162. Selon un autre avis, il était utile d'introduire la notion de présélection dans cette méthode de passation et il ne devait pas y avoir confusion avec la préqualification, étant entendu que la présélection correspondrait à une étape finale facultative de la préqualification. C'est pourquoi, au paragraphe 2 b), il convenait de remplacer les mots "une fois la procédure de présélection terminée" par les mots "une fois la procédure de préqualification terminée". À cet égard, les dispositions des alinéas a) à c) du paragraphe 2 qui abordaient des questions spécifiques à la procédure de présélection ainsi que le renvoi aux procédures énoncées à l'article 16 étaient jugés appropriés. On a fait observer que les alinéas a) à c) du paragraphe 2 énonçaient les procédures visant à appliquer le principe formulé au paragraphe 1 b), selon lequel tout nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs devait être sélectionné de manière non discriminatoire. On a noté l'absence d'orientation dans la Loi type de 1994 concernant ce principe, qui donnait une grande latitude à l'entité

adjudicatrice pour sélectionner un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 2 b) était superflue et qu'elle pouvait être supprimée.

163. En réponse à la question de savoir comment les fournisseurs présélectionnés seraient identifiés, il a été noté que cette sélection pourrait se faire par un classement, ou un relèvement du seuil de préqualification, des exemples concrets étant cités à cet égard. On a fait observer que le texte ne fixait pas de critères garantissant que la sélection serait opérée de manière appropriée et il a été convenu que cette question devrait être abordée dans les dispositions. Selon d'autres avis, le paragraphe ne devait pas imposer une présélection dans tous les cas d'appel d'offres restreint et ses procédures ne devaient pas être prescriptives. Si la présélection pouvait se justifier dans les cas mentionnés au paragraphe 1 b), il a été noté que la procédure pourrait compromettre l'objectif visé, à savoir faire en sorte que le temps passé et les frais engagés ne soient pas disproportionnés dans ces cas. Selon une autre observation encore, le paragraphe 2 a) iii) à lui seul offrait la souplesse voulue.

164. En réponse à ces remarques, il a été convenu que le paragraphe 2 ne devrait pas décrire des procédures de présélection complexes. Il a été proposé que le chapeau de ce paragraphe soit reformulé à peu près comme suit: "l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection selon qu'il conviendra dans les circonstances de la passation de marché considérée", sous réserve de supprimer le reste du texte dans les alinéas a) à c). Il a été suggéré que la teneur du texte supprimé soit reprise ailleurs dans le texte ou dans le Guide, lequel pourrait également donner des exemples des diverses manières de conduire une procédure de présélection. Il a été ajouté que les normes énoncées dans la procédure de préqualification devraient s'appliquer à la procédure de présélection et que, pour le moins, les fournisseurs présélectionnés devraient être avisés de leur présélection.

165. Il a été dit que certaines de ces dispositions, comme celles formulées aux alinéas a) et c) du paragraphe 2 renfermaient des exigences essentielles en matière de transparence et qu'elles devraient être maintenues dans la Loi type. À cela, il a été répondu que la transparence pourrait être assurée par d'autres dispositions de la Loi type, comme celles du paragraphe 3 du présent article ou de l'article 23 sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché.

166. À l'issue de la discussion qui a suivi, le Secrétariat a été prié de reformuler les dispositions du paragraphe 2, en tenant compte de la nécessité de conserver la souplesse et la transparence voulues dans les dispositions régissant la présélection.

167. S'agissant du paragraphe 3, qui se fondait sur le libellé de 1994, il a été précisé que les dispositions renvoyaient en fait à un avis préalable et non à l'avis d'attribution du marché visé à l'article 21 du projet de loi révisée, ou à une invitation à soumettre une offre.

168. Les avantages des avis préalables ont été examinés mais certaines délégations ont appuyé l'idée de limiter l'application du paragraphe 3 aux cas spécifiés au paragraphe 1 a). D'autres délégations ont estimé qu'il fallait maintenir l'approche adoptée dans le texte de 1994, qui consistait à appliquer l'exigence d'un avis public préalable aux situations mentionnées aux alinéas a) et b). Cette exigence était jugée essentielle pour lutter contre la corruption et pour assurer la transparence. On a

également fait observer que différents régimes d'information du public dans le même article risquaient de créer une confusion inutile.

169. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions du paragraphe 3 devaient être maintenues telles quelles. Il a été proposé que ce paragraphe soit transféré au début de l'article pour qu'il soit bien clair qu'il s'appliquait aux deux situations visées au paragraphe 1.

Article 40. Demande de prix

170. Il a été convenu d'ajouter, à la fin du paragraphe 3, les mots "tels que mentionnés dans la demande de prix".

171. En ce qui concerne la note 6, le Groupe de travail a été invité à examiner s'il faudrait exiger la publication d'un avis de demande de prix et si l'article devrait, par conséquent, contenir des dispositions similaires à celles figurant aux paragraphes 3 et 4 de l'article 39 proposé. Il a estimé qu'il ne conviendrait pas d'exiger la publication d'un préavis de demande de prix compte tenu de la nature et de la faible valeur de l'objet du marché dont traitait l'article.

172. Il a été demandé si les dispositions devraient contenir un libellé semblable à celui de l'article 39 (concernant la nécessité d'assurer la transparence, la non-discrimination et la concurrence dans la procédure). L'avis a été exprimé que les dispositions du préambule de la Loi type, la nature de l'objet de ce type de marché et les techniques modernes de sollicitation de prix offraient déjà suffisamment de garanties. Il a été dit que le commentaire du Guide relatif à l'article pourrait traiter ces questions.

Article 41. Demande de propositions sans négociation

173. Le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article se fondait sur l'article 42 de la Loi type de 1994, qui se limitait à la passation des marchés de services. Il a également été rappelé que les dispositions lui avaient été présentées à sa session antérieure en tant qu'appel d'offres à deux enveloppes. Il a été demandé si la méthode de passation visée par l'article tel que modifié se voulait une variante de l'appel d'offres ou une procédure de demande de propositions. Dans ce dernier cas, on s'est demandé s'il serait souhaitable de l'inclure au chapitre IV, car une demande de propositions présupposait qu'il n'était pas possible de définir les spécifications.

174. En réponse aux commentaires selon lesquels les conditions d'utilisation de cette méthode de passation n'étaient pas claires, il a été expliqué que ces conditions étaient celles spécifiées à l'article 26-1 et 4. Il a été convenu de remplacer à l'article 26-4 le mot "examinera" par "a besoin d'examiner" pour indiquer que l'entité adjudicatrice aurait besoin de suivre cette approche dans certains types de passation, comme les passations de marchés dotés d'un budget fixe.

175. Il a été proposé que le paragraphe 1 soit déplacé pour être inséré au chapitre II, ou ailleurs dans le projet de loi type révisée, et regroupé avec des dispositions similaires d'autres articles du projet, le cas échéant. On a exprimé la crainte que la référence à la sollicitation directe dans le paragraphe 1 b) ne soit difficile à concilier dans le contexte d'une demande de proposition sans négociation. S'agissant du paragraphe 1 c) et de la note 8, le Groupe de travail a été invité à examiner si, en règle générale, l'entité adjudicatrice devrait être tenue de publier un avis de

passation (similaire à celui requis au projet d'article 39-3), même dans le cas d'une sollicitation directe (sous réserve de l'exception prévue au projet d'article 39-4). Il a été convenu que la question vaudrait dans tous les cas de sollicitation directe et qu'elle serait étudiée dans le contexte des dispositions générales sur la sollicitation ouverte et la sollicitation directe.

176. Le Groupe de travail a été invité à examiner laquelle des variantes proposées entre crochets était la plus appropriée dans le paragraphe 2 d) et dans les paragraphes suivants où elles apparaissaient. Il a rappelé que la Loi type de 1994 parlait uniquement du "prix" dans le même contexte. Il a été convenu que le mot "financiers" serait utilisé dans l'ensemble du texte de préférence aux mots "relatifs au prix" ou "commerciaux".

177. En ce qui concerne les paragraphes 2 b) et 8 et la note 9, le Groupe de travail a été invité à examiner s'il fallait inclure une référence au prix maximum pour tenir compte de la passation de marchés dotés d'un budget fixe. Selon l'avis qui a prévalu, il ne serait pas bon que la Loi type encourage ou exige une telle mention dans le dossier de sollicitation. On a souligné les risques qui en découleraient, en particulier les difficultés à obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Reconnaissant que certaines situations particulières pourraient justifier l'indication, dans le dossier de sollicitation, du prix maximum que l'entité adjudicatrice pouvait se permettre de payer, le Groupe de travail est convenu que le Guide aborderait la question éventuellement à l'aide d'exemples, en soulignant que, dans ces cas, la concurrence portait sur la qualité et que le prix n'était pas le facteur déterminant. Il a été dit que cette procédure était couramment utilisée pour des services bien définis qui n'étaient ni complexes ni coûteux, comme l'élaboration de programmes d'enseignement. Ces services, a-t-on ajouté, étaient habituellement externalisés car les entités adjudicatrices n'avaient souvent pas les capacités internes pour réaliser ce type de tâches.

178. Il a été convenu de conserver, au paragraphe 5, les dispositions exigeant que les motifs du rejet soient communiqués, lesquelles constitueraient un exemple de bonne pratique et offriraient un cadre pour tout retour d'information.

179. La proposition de supprimer le paragraphe 8 a) a recueilli un certain soutien. Il a été expliqué que le paragraphe 8 b), ainsi que l'obligation d'indiquer dans le dossier de sollicitation la manière dont les résultats de l'évaluation des aspects techniques seraient combinés avec le prix, suffiraient à couvrir toutes les situations visées au paragraphe 8: à savoir lorsque le marché était attribué à la proposition offrant le prix le plus bas et lorsqu'il était attribué compte tenu à la fois du prix et d'autres critères. Il a été expliqué en outre que les dispositions prêtaient à confusion car elles ne mettaient en évidence qu'un moyen possible de combiner le prix et d'autres critères et mettaient le prix en avant dans cette méthode de passation, alors que celui-ci n'était pas normalement la préoccupation principale. Le Guide, a-t-on ajouté, pourrait indiquer que le mode d'évaluation envisagé au paragraphe 8 a) illustre une manière d'évaluer les propositions et expliquer que celui-ci ne pourrait être utilisé que si le dossier de sollicitation le prévoyait expressément.

180. Selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 8 a), qui se fondait sur le texte de 1994, devait être conservé dans le projet de loi type révisée, compte tenu des considérations énumérées dans le commentaire du Guide de 1994 pour ces dispositions, des pratiques suivies dans certains États et de l'utilité d'offrir plusieurs

options entre lesquelles l'entité adjudicatrice pourrait choisir. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'intervenir les alinéas a) et b), afin de bien montrer que, dans la méthode de passation régie par l'article, les caractéristiques qualitatives et techniques l'emportaient sur les considérations de prix. Il a aussi été souligné que le commentaire du Guide accompagnant l'article devrait être considérablement renforcé et qu'il devrait souligner que l'entité adjudicatrice pourrait attribuer un marché à la proposition offrant le prix le plus bas uniquement si elle s'assurait des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions en fixant un seuil suffisamment élevé pour celles-ci.

181. Il a été demandé si le paragraphe 8 b) devrait être reformulé pour tenir compte de la décision prise précédemment durant la session d'employer le terme "offre la plus avantageuse". On s'est dit opposé à la reformulation de ce paragraphe car ce terme était sans rapport avec les dispositions. Il a été convenu de conserver le libellé qui figurait dans la Loi type de 1994.

E. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5)

Article 42. Appel d'offres en deux étapes

182. Il a été rappelé que le projet d'article se fondait sur l'article 46 de la Loi type. Il a été reconnu que certains États utilisaient cette méthode de passation et il a été dit qu'il fallait dès lors examiner avec prudence les propositions tendant à la supprimer de la Loi type révisée ou à la modifier de manière substantielle. Il a été déclaré que des variantes de cette méthode étaient utilisées, et noté que celles-ci pourraient être présentées dans le Guide mais que l'article se concentrerait sur les caractéristiques essentielles de cette méthode qui vaudraient pour toutes les variantes.

183. S'agissant du paragraphe 3, il a été noté que les dispositions ne devraient pas exiger de négociations, car celles-ci n'étaient pas toujours nécessaires, étant entendu toutefois que, lorsque l'entité adjudicatrice décidait d'en engager, elle devait offrir des chances égales de négocier à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés.

184. Pour ce qui était du terme utilisé pour désigner l'interaction entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs au paragraphe 3, l'avis a été exprimé qu'un terme neutre (tel que "contacts") devait être employé. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'utiliser le terme "discussions" plutôt que "négociations" ou "dialogue", ce qui permettait de refléter la nature itérative du processus tout en distinguant cette méthode de celles décrites aux articles suivants, dans lesquelles le prix faisait également partie des négociations et/ou qui donnaient lieu à un véritable "marchandage". L'avis a été exprimé que les discussions dans l'appel d'offres en deux étapes ne devaient pas être limitées à un aspect particulier de la passation (mais que les discussions ne porteraient pas sur le prix).

185. Le Secrétariat a été prié de s'assurer que les renvois contenus au paragraphe 3 étaient appropriés et exacts. En particulier, l'avis a été exprimé qu'il fallait supprimer le renvoi à l'article relatif aux soumissions anormalement basses, car le prix n'était pas connu à cette étape de la procédure.

186. S'agissant du paragraphe 4, on s'est interrogé sur l'étendue des modifications qu'il était permis d'apporter aux caractéristiques techniques ou qualitatives et aux critères d'évaluation. Il a été rappelé que les modifications pouvaient être des amendements, des ajouts ou des suppressions. Il a aussi été rappelé que l'objectif de cette procédure était, pour l'entité adjudicatrice, d'affiner et de finaliser les spécifications présentées dans l'avis initial, c'est-à-dire d'être plus précise et de réduire les options qui répondraient à ses besoins. Il a été fait référence au commentaire du Guide sur les dispositions équivalentes du texte de 1994, qui exprimait clairement cette intention et qui devait servir de référence pour déterminer l'étendue des modifications autorisées. On a par ailleurs exprimé la crainte qu'un pouvoir illimité de modifier tant les caractéristiques que les critères d'évaluation ne soit risqué et inapproprié, car certains fournisseurs auraient déjà été exclus, et qu'il ne conduise à présenter des spécifications entièrement nouvelles à la deuxième étape. À cet égard, il a été noté qu'une modification des caractéristiques fondamentales devrait être le signe d'une nouvelle passation. À l'appui de ces craintes, il a été noté que le Guide devrait au moins expliquer les risques, en particulier le risque élevé de collusion, posés par cette méthode de passation.

187. On est convenu que les craintes suscitées par le fait d'autoriser la modification des caractéristiques de l'objet du marché et la modification des critères d'évaluation étaient différentes. La discussion a porté d'abord sur les modifications des caractéristiques de l'objet du marché, et sur la question de savoir s'il fallait autoriser les modifications rendant conformes des offres non conformes et inversement. Il a été rappelé que la Loi type autorisait les offres présentant des variantes par rapport aux caractéristiques techniques de manière générale. Il a donc été convenu que les modifications qu'il était permis d'apporter à l'objet du marché ne devaient pas être limitées, car les changements par rapport à la question de savoir si les offres étaient conformes ou non pouvaient être parfaitement appropriés. Les propositions tendant à autoriser l'amendement des caractéristiques (mais pas les ajouts ni les suppressions) et à insérer une disposition indiquant que l'objectif de ces amendements était d'augmenter la précision n'ont pas été acceptées, mais il a été convenu de donner dans le Guide des explications relatives à cet objectif.

188. Pour ce qui était des modifications qu'il était permis d'apporter aux critères d'évaluation, on a demandé que des exemples des discussions et des modifications dans la pratique soient fournis. Au sujet de ces modifications, on craignait qu'elles n'ouvrent la voie aux abus, en permettant qu'un fournisseur précis soit favorisé, et n'encouragent pas les meilleures pratiques. Les options suivantes ont été examinées: i) limiter les modifications des critères d'évaluation à celles n'entraînant pas de modification substantielle; ii) ne pas autoriser de modifications des critères d'évaluation (en supprimant une partie de la deuxième phrase du paragraphe 4, qui commençait par les mots "et tout critère", jusqu'à la fin); et iii) autoriser uniquement les modifications des critères rendues strictement nécessaires par les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives. Il a été proposé d'exprimer la troisième option en ajoutant les mots "pour autant qu'il soit lié aux modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives" après les mots "pour la détermination de l'offre à retenir" au paragraphe 4. Des préoccupations ont été exprimées quant à cette proposition, qui n'envisageait pas de supprimer la dernière partie de la phrase se lisant "et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi", laquelle donnait une grande latitude à l'entité adjudicatrice quant aux modifications qui pouvaient être apportées aux

critères d'évaluation. On a dit préférer une formule de type "tout critère connexe" ou "tout critère [strictement lié aux] [strictement nécessaire en raison de l'ajout, de la modification ou de la suppression des] caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché" pour remplacer la partie de la deuxième phrase du paragraphe 4 dont il était question dans la deuxième option ci-dessus.

189. La première option n'a pas été appuyée. Pour ce qui était de la deuxième, il a été dit que des modifications des caractéristiques interviendraient au cours de la procédure, mais que des modifications des critères d'évaluation n'étaient pas forcément nécessaires. En outre, toute modification fondamentale devait entraîner une nouvelle première étape, a-t-on dit, car les fournisseurs auraient soumis leur offre initiale sur la base des critères d'évaluation indiqués, et ils devaient être autorisés à la soumettre à nouveau. Par ailleurs, on a fait remarquer que cette approche aurait l'avantage d'être simple et imposerait dès le début une certaine discipline à l'entité adjudicatrice. Par contre, à l'appui de la troisième option, il a été dit que des modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives entraîneraient nécessairement des modifications des critères d'évaluation. Autrement, les critères d'évaluation, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques et qualitatives applicables.

190. Il a été convenu que le paragraphe 4 autoriserait les ajouts, les amendements ou les suppressions concernant les caractéristiques techniques ou qualitatives, mais que les modifications des critères d'évaluation seraient limitées à celles rendues nécessaires par ces ajouts, amendements ou suppressions, et le Secrétariat a été chargé d'élaborer des dispositions appropriées. Il a été dit que le Guide devrait clarifier les considérations de principe pour permettre aux entités adjudicatrices d'adapter ce processus à leurs besoins.

191. Il a également été fait remarquer que cette solution autoriserait les modifications des conditions de la passation de marché qui n'avaient pas de caractère financier (ce qui pourrait avoir des incidences sur la conformité) et celles qui n'étaient pas de nature substantielle, ce qui n'aurait aucune incidence sur l'évaluation des offres elles-mêmes.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue

192. Des préoccupations ont été exprimées à propos de la méthode de passation proposée. On a noté que, dans les pays qui pourraient être les principaux utilisateurs de la Loi type révisée, l'entité adjudicatrice n'avait pas, bien souvent, les compétences ou les outils nécessaires équivalents à ceux de ses homologues participant au dialogue et qu'elle aurait donc un pouvoir de négociation inférieur. L'autre préoccupation majeure exprimée à propos de la méthode proposée était que celle-ci présupposait que les fournisseurs ou entrepreneurs, et non l'entité adjudicatrice, joueraient un rôle moteur dans la définition des besoins de cette dernière.

193. Pour répondre à ces préoccupations, il a été proposé et convenu de reformuler l'article 27-1 a) en remplaçant les mots "afin de" par le texte suivant "après avoir estimé que le dialogue ou la négociation est nécessaire". L'avis a été exprimé que cette modification améliorerait le texte et qu'elle devait être accompagnée d'une discussion dans le Guide sur les risques et les avantages de cette méthode. On a proposé que l'article 27-1 envisage également l'approbation d'une autorité

supérieure, mais on est convenu que ce point devrait être abordé dans le Guide uniquement, comme une option que l'État adoptant pouvait envisager.

194. En réponse à une demande, on a précisé les différences entre les articles 42 et 43. La première différence avait trait à la question de la présélection. On a souligné qu'il importait d'engager une procédure de présélection dans le cadre de l'article 43, car il était largement admis qu'un dialogue avec un nombre important de fournisseurs rendait le processus ingérable et long. On a reconnu qu'une présélection était généralement engagée dans la méthode de passation prévue à l'article 43, mais l'on a estimé que la Loi type ne devrait pas l'exiger. Il a donc été convenu de conserver les dispositions du paragraphe 3 comme une option. On a également fait observer que le nombre de fournisseurs pourrait être limité en sélectionnant ceux dont la proposition initiale était conforme. À cet égard, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'article 43 de la Loi type de 1994, qui autorisait l'entité adjudicatrice à négocier avec les fournisseurs qui avaient soumis des propositions acceptables, mais qui ne définissait pas la manière dont les propositions acceptables seraient identifiées.

195. Les autres différences mises en avant avaient trait à l'étendue des discussions et à la question de savoir s'il était possible ou souhaitable d'établir d'un ensemble unique de spécifications. Concernant l'étendue des discussions, il a été noté que les discussions de la première étape dans l'article 42 portaient sur les aspects techniques uniquement, alors que dans le dialogue prévu à l'article 43, le prix serait également examiné lors des négociations ou du dialogue. L'objectif des discussions prévues à l'article 42 serait d'arriver à établir un ensemble unique de spécifications à leur issue, sur la base duquel les offres seraient soumises. D'un autre côté, dans l'article 43, diverses solutions techniques existeraient à l'issue du dialogue et seraient présentées par les fournisseurs dans leurs meilleures offres définitives. On a estimé qu'il faudrait faire ressortir cette dernière distinction plus clairement dans le projet de texte. On s'est demandé si cette distinction était réellement exacte étant donné que le dialogue permettrait d'établir certaines exigences techniques minimales, sur la base desquelles les meilleures offres définitives seraient finalement présentées et évaluées. Le fait de partir du principe que, après la phase de dialogue, l'entité adjudicatrice ne pourrait pas même formuler un ensemble de spécifications minimales viendrait conforter, a-t-on dit, la crainte que la méthode ne soit utilisée comme un simple moyen de transférer aux fournisseurs ou entrepreneurs la responsabilité de définir les besoins de l'entité adjudicatrice.

196. Enfin, il a été reconnu que, par rapport à l'article relatif à l'appel d'offre en deux étapes de la version de 1994, l'article 43 donnait à l'entité adjudicatrice une marge de manœuvre moins grande pour modifier ses exigences. On a rappelé que cela changerait compte tenu des décisions prises par le Groupe de travail à propos de l'article 42 (voir par. 186 à 191 ci-dessus).

197. Le Groupe de travail a également pris note des différences entre les méthodes de passation des articles 43 et 44. On s'est inquiété de ce que les conditions de sélection d'une méthode plutôt que de l'autre n'étaient pas claires. Il a été dit que le choix d'une méthode par une entité adjudicatrice devrait être guidé par les différences de procédures et de fond entre ces deux méthodes. Il était entendu que le Guide apporterait des précisions sur ces différences.

198. Le Groupe de travail a ensuite examiné les dispositions de l'article 43. On a proposé d'utiliser le mot "dialogue" plutôt que "discussions" tout au long de l'article.

199. Il a été convenu que le paragraphe 1 devrait être modifié pour clarifier qu'il s'agissait de présélection, et non de préqualification, dans le contexte de cette méthode de passation, que la phase de présélection était facultative et que la procédure débiterait toujours par la publication d'un avis.

200. En ce qui concerne le paragraphe 2, on s'est demandé si les dispositions devraient exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle établisse des exigences minimales, plutôt que de lui donner simplement la possibilité de le faire. Il a été convenu de rendre ces dispositions obligatoires. On a suggéré que les membres de phrase contenus au début du texte soient reportés à la fin des dispositions, et le Secrétariat a été prié de réviser le paragraphe en conséquence.

201. S'agissant du paragraphe 3, il a été convenu que le contenu de la deuxième phrase du paragraphe 8, telle que modifiée à la session en cours (voir paragraphe 205 ci-dessous) devrait être inséré à la fin de la première phrase du paragraphe 3, comme condition préalable à l'engagement des procédures de présélection. Il a été dit que l'idée, aux paragraphes 3 a) et 6 c), d'un nombre maximum possible de fournisseurs présélectionnés et d'un nombre maximum possible de fournisseurs invités au dialogue devrait être conservée. Il a été noté que l'idée d'un nombre minimum possible était également valable dans le cas des fournisseurs invités au dialogue.

202. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la question de la présélection et de la préqualification dans le contexte de l'article 39 sur l'appel d'offres restreint (voir par. 161 à 166 ci-dessus). En réponse à des questions, il a été expliqué que l'intention était d'utiliser la présélection de la même manière que la préqualification – avant la sollicitation de propositions. Les préoccupations et les questions en suspens à propos du recours à la présélection mises en avant dans les notes de bas de page accompagnant les dispositions pertinentes ont été prises en compte. Il a été convenu de modifier le paragraphe 3 b), en supprimant la référence au dépassement des exigences minimales car elle était superflue.

203. Il a été demandé si le paragraphe 3 devait être cohérent avec l'article 39-2 tel que modifié par le Groupe de travail lors de sa session en cours (voir par. 161 à 166 ci-dessus). On est convenu que des dispositions plus détaillées sur les procédures de présélection étaient appropriées dans l'article 43.

204. En ce qui concerne le mode de présélection, il a été suggéré que l'article 43-3 soit remplacé par le contenu de l'article 39-2 tel que proposé par le Secrétariat dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4 et que ce paragraphe reflète les délibérations de la session en cours quant à l'article 43. On a posé la question de savoir s'il fallait maintenir, à l'article 39-2 a) ii), un nombre minimum de "5" fournisseurs. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si la Loi type devait spécifier ce nombre, ou exiger des États adoptants qu'ils le spécifient dans leur législation nationale ou ne pas leur exiger de le faire. On a appuyé la suppression des mots "ceux-ci devant être au moins [cinq]", étant entendu que la question du nombre minimum devrait être examinée au cas par cas dans chaque passation de marché. Une autre proposition était de conserver cette formulation mais de supprimer le nombre "cinq", étant entendu que le nombre précis serait

indiqué par l'État adoptant lui-même en fonction des conditions du marché local. Le Secrétariat a été prié de réviser le sous-alinéa dans ce sens.

205. Il a été convenu que le paragraphe 6 i) serait supprimé et que la deuxième phrase du paragraphe 8, dans la version anglaise, serait reformulée pour employer les mots "to ensure effective competition" (assurer une véritable concurrence).

206. Il a été dit que l'article ne devrait pas exiger que tous les fournisseurs invités au dialogue soient ensuite invités à soumettre une meilleure offre définitive. En réponse, il a été noté que les experts consultés par le Secrétariat avaient conclu que les risques d'abus découlant de la possibilité de réduire encore le nombre de participants l'emporteraient sur les avantages de la souplesse.

207. La formulation ci-après a été proposée pour remplacer le paragraphe 10: "pendant le déroulement du dialogue, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification ou d'évaluation, ni aucun élément de la passation de marché qui ne fait pas l'objet du dialogue, tels que notifiés dans la demande de propositions". Cette formulation a été appuyée et le Groupe de travail a décidé de poursuivre l'examen des dispositions sur la base de ce texte. Une réserve a été exprimée au sujet de la formulation proposée, dans la mesure où elle n'apporterait pas une flexibilité suffisante à l'entité adjudicatrice et pourrait aller à l'encontre du but de la procédure.

208. On a rappelé qu'il serait essentiel que les dispositions soient faciles à comprendre pour éviter les problèmes que poseraient les divergences d'interprétation et d'application et il a été noté que les délibérations indiquaient que cette procédure n'était pas encore assez clairement définie. Une autre préoccupation était que le projet de loi type révisée proposait trop de méthodes reposant sur des négociations, ce qui pourrait, involontairement, laisser penser que les négociations constituaient la pratique habituelle dans la passation des marchés publics, plutôt qu'une pratique exceptionnelle qui ne devait être permise que dans des cas très rares. Une délégation a dès lors exprimé une préférence pour que les méthodes de passation de marchés prévues au chapitre V soient limitées à deux: l'appel d'offres en deux étapes et une autre méthode, plus souple, incluant des négociations. Le Groupe de travail a décidé d'aborder ces questions après avoir examiné les aspects procéduraux de toutes les méthodes de passation du chapitre V.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives

209. On s'est interrogé sur l'efficacité de la procédure, en ce que le fournisseur le mieux placé, conscient de son statut privilégié, pourrait être réticent à négocier, notamment en matière de prix. En réponse, il a été fait observer que cette méthode s'était révélée efficace dans la pratique et la conséquence pour le fournisseur serait qu'à défaut de négocier, il serait exclu de façon permanente. La procédure a été opposée aux négociations simultanées, dans lesquelles les fournisseurs n'étaient pas exclus au cours des négociations. On a craint que la procédure prévue à l'article 44 ne permette le rejet de la proposition qui pourrait se révéler la meilleure pour l'entité adjudicatrice, et il a été dit que cette possibilité pourrait compromettre les objectifs de la Loi type. En réponse, il a été fait observer que le risque de rejet de ce qui pouvait en fait être la meilleure proposition imposerait une certaine discipline à l'entité adjudicatrice au cours de la procédure.

210. Des cas d'utilisation de cette méthode dans différents systèmes ont été exposés, en particulier pour les services de conception, d'ingénierie, d'architecture et de conseil et il a été souligné que tous les aspects des propositions seraient inclus dans les négociations. On a également évoqué les garanties appliquées aux négociations dans certains cas, comme par exemple l'interdiction de modifier substantiellement le cahier des charges ou encore le personnel clef proposé par le fournisseur.

B. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8)

[Original: anglais]

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 8 à 90 du document A/CN.9/WG.I/WP.70, dont celui-ci est saisi à sa dix-septième 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 seizième session, le Groupe de travail a examiné des propositions concernant une nouvelle méthode de passation, qu'il était proposé de baptiser "sollicitation de propositions avec dialogue compétitif". Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste de la Loi type. Il l'a aussi prié d'apporter des modifications dans l'ensemble du projet de loi type révisée, en particulier dans les dispositions du chapitre premier concernant le procès-verbal de la procédure de passation de marché, la confidentialité, les critères d'évaluation, la publication des avis d'attribution de marché, la clarification et la modification du dossier de sollicitation, les demandes de manifestation d'intérêt et l'abandon de la passation, pour examen à une date ultérieure (A/CN.9/672, par. 13).
3. À sa quarante-deuxième session, la Commission a examiné le projet de loi type révisée élaboré à l'issue de la seizième session du Groupe de travail, et a noté que la Loi type révisée n'était pas encore prête à être adoptée à cette session. S'agissant du chapitre premier, elle a noté que, si la plupart des questions avaient été réglées, certaines restaient en suspens. La Commission n'a pas eu suffisamment de temps pour examiner les autres chapitres du projet de loi type révisée. Elle a prié le Secrétariat d'élaborer des propositions de textes concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail les examine. Afin de faciliter l'élaboration de ces propositions, elle a également appuyé l'organisation de consultations informelles intersessions, en insistant sur le fait qu'il importait d'y assurer une représentation géographique et une participation aussi larges que possible (A/64/17, par. 281 et 283).
4. À cette fin, le Secrétariat a sollicité des avis écrits auprès du plus grand nombre possible de personnes, et a tenu une série de réunions avec des experts dans diverses régions.
5. La présente note est soumise conformément aux demandes formulées par la Commission et le Groupe de travail à leurs dernières sessions. Elle résume les conclusions des consultations informelles intersessions et contient une version du

projet de loi type révisée qui reflète les délibérations de la Commission et du Groupe de travail et qui, lorsque les personnes consultées sont parvenues à un consensus, intègre les conclusions des consultations, afin que le Groupe de travail puisse les examiner.

6. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280), les documents de sa dix-septième session sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, à mesure qu'ils sont disponibles dans les différentes versions linguistiques.

II. Conclusions des consultations intersessions

7. Les consultations intersessions ont porté sur un certain nombre de questions ou de sections du projet de loi type révisée, à savoir: chapitre premier (principes généraux) du texte dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session (version de juillet 2009); utilisation de méthodes de passation autres que l'appel d'offres, et proposition d'une nouvelle méthode reposant sur des négociations ou sur un dialogue (voir par. 2 ci-dessus); utilisation de facteurs socioéconomiques comme critères d'évaluation ou de qualification et limitation de la passation aux fournisseurs nationaux pour des raisons de politique générale; et chapitres V à VII de la version de juillet 2009 (relatifs aux enchères électroniques inversées, aux accords-cadres et aux recours respectivement). Les consultations ont également brièvement porté sur les questions découlant de la décision de principe de faire entrer les marchés de la défense dans le champ d'application de la Loi type révisée. Les conclusions de ces consultations sont présentées au Groupe de travail pour examen.

A. Chapitre premier

8. Pour ce qui est du chapitre premier, les personnes consultées ont examiné le mandat, défini par la Commission, visant dans la mesure du possible à la simplification et à l'uniformisation de la Loi type, tâches qui pourraient avoir des incidences importantes sur les États ayant adopté une législation fondée sur le texte de 1994. Il a été généralement convenu que la restructuration destinée à rendre la Loi type plus facile d'utilisation et à promouvoir les meilleures pratiques aiderait considérablement les utilisateurs du texte, mais qu'elle devrait se limiter au nécessaire. Par exemple, le chapitre premier devrait traiter des principes de nature générale; en revanche, il était normalement préférable d'énoncer les principes s'appliquant à une seule méthode dans les dispositions qui régissaient ladite méthode. En outre, il a été noté qu'il importerait de régler les questions terminologiques pour que le texte révisé soit compris et puisse être appliqué et utilisé comme prévu, et qu'il serait extrêmement utile, à ceux qui appliqueraient la version révisée, de présenter les changements apportés au texte de 1994 dans un tableau ou sous une forme similaire.

9. À cet égard, toutes les personnes consultées sont convenues que les dispositions de l'article 7 dans la version de juillet 2009 (relatives au choix de la méthode de passation) n'occupaient pas une place suffisamment importante dans le texte, et que la structure du texte de 1994, où le chapitre II était entièrement

consacré à ce sujet, était peut-être plus facile à comprendre. Il a été tenu compte de cette observation dans le texte révisé qui est présenté au Groupe de travail à la session en cours (projet de chapitre II, voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2).

10. D'autres suggestions reflétant le consensus dégagé parmi les personnes consultées ont été faites aux articles 2, 6, 8, 10 à 12, 16, 17 et 20 à 23 (les principaux changements sont signalés dans les notes de bas de page correspondantes).

B. Chapitre II

11. Pour ce qui est de l'utilisation de méthodes de passation autres que l'appel d'offres, le texte devrait, selon le consensus qui s'est dégagé, être rédigé de manière à offrir une "boîte à outils" comme en est convenu le Groupe de travail, et ce en conservant, dans le projet de chapitre II, l'approche du texte de 1994 qui consiste à exiger que l'utilisation de méthodes autres que l'appel d'offres soit justifiée. Il faudrait, a-t-on insisté, se garder de formuler des conseils et des procédures trop prescriptifs, de sorte que les entités adjudicatrices puissent exercer un pouvoir d'appréciation approprié pour choisir les méthodes de passation. Il a également été convenu que le choix devrait être lié à la réalisation des objectifs du système de passation, tels qu'ils étaient prévus dans le préambule de la Loi type. Ces observations ont été prises en compte dans le chapitre II, proposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2. Il a été souligné qu'il fallait veiller à l'existence de capacités adéquates pour l'utilisation des diverses méthodes de passation (question qui serait examinée dans le Guide).

12. Il a aussi été proposé que, pour la présentation des dispositions de la Loi type, on parte des différentes méthodes de passation, mais que le Guide pour l'incorporation (dont les commentaires seraient essentiels pour promouvoir l'approche "boîte à outils") traite la question du choix en partant de situations communes (marché normal, complexe, simple ou de faible valeur, et situation normale ou situation d'urgence résultant ou non d'un événement catastrophique).

13. On a insisté sur la transparence du processus décisionnel et il a été suggéré que la décision concernant le choix de la méthode utilisée soit consignée dans l'avis de marché. Une disposition formulée dans ce sens contribuerait également à ce que toute contestation de la décision concernée soit formée dès le début de la procédure, de sorte qu'elle perturberait le moins possible cette dernière. Cette proposition a été faite vers la fin du processus de consultation et n'a par conséquent pas été examinée par une majorité des personnes consultées. Elle n'a donc pas été intégrée au projet de texte dont est saisi le Groupe de travail, mais lui est présentée pour examen.

14. Le nombre de méthodes de passation figurant dans la Loi type a été examiné, et on a estimé qu'il y aurait des chevauchements entre les méthodes disponibles et que certaines d'entre elles pourraient être considérées comme optionnelles. Le Guide devrait par conséquent orienter les États adoptants lorsqu'ils élaboreront leur législation nationale pour ce qui est des considérations de principe s'appliquant au choix des méthodes de passation, compte tenu des conditions d'utilisation de ces dernières. Il pourrait également les aider à rédiger des directives internes pour

l'utilisation des différentes méthodes. D'un autre côté, les méthodes superflues devraient être éliminées.

C. Chapitre IV

15. Les consultations ont également fait apparaître de nombreux avis concernant l'utilisation de l'appel d'offres restreint [pour lequel trois options ont été présentées au Groupe de travail à sa seizième session et à la Commission à sa quarante-deuxième session (voir l'article 34 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3, qui prévoyait deux variantes d'appel d'offres restreint et une procédure d'appel d'offres avec présélection)]. Les personnes consultées ont estimé que la présélection ne devrait constituer une étape obligatoire dans aucune méthode de passation, mais également que le recours à la présélection dans une procédure d'appel d'offres ouvert serait incompatible avec le caractère ouvert de cette procédure, telle qu'envisagée dans la Loi type. C'est pourquoi la méthode devrait être conçue comme une alternative à l'appel d'offres ouvert, à savoir l'appel d'offres restreint. Cette approche a été suivie dans le projet de chapitre IV du texte révisé (présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4).

16. La question de la publication d'un avis avant le lancement d'un appel d'offres restreint a été longuement discutée, en relation avec les conditions d'utilisation énoncées dans le texte de 1994 et du point de vue de l'utilité des avis mêmes¹. Il a été convenu que les conséquences de la publication d'un avis devraient être claires. Si l'avis n'avait pas de conséquence juridique claire, par exemple parce que la décision concernée ne pouvait en fait être contestée, il n'aurait probablement guère d'utilité non plus. Certains ont estimé que la publication d'avis dépourvus de conséquences juridiques constituerait une obligation lourde pour les entités adjudicatrices qui n'avaient pas recours à la passation électronique de marchés. D'autres au contraire étaient d'avis que le maintien de cette obligation permettrait de contrôler soigneusement la procédure, de contester effectivement l'utilisation de la procédure d'appel d'offres restreint pour le deuxième motif, éventuellement de revoir les mauvaises pratiques au sein d'une entité adjudicatrice dans le cadre d'une contestation au niveau politique avant l'attribution d'un marché, et de constituer une trace papier aux fins d'audit.

17. D'autres encore ont estimé que le problème ne tenait en réalité pas à la publication d'avis, mais au fait que le deuxième motif d'utilisation de la procédure d'appel d'offres restreint devrait être supprimé du texte.

18. Le projet de loi type révisée dont est saisi le Groupe de travail suit donc la formulation de 1994, et exige qu'un avis soit publié avant le début de la procédure d'appel d'offres restreint, en attendant que le Groupe de travail se prononce sur le sujet.

¹ Ces conditions sont les suivantes: soit que l'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, soit que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

19. Il a en outre été fait remarquer que l'utilité des avis avait suscité des questions similaires en ce qui concerne la deuxième étape de la procédure d'accord-cadre comportant une remise en concurrence et d'autres méthodes de passation. Certaines des personnes consultées ont estimé qu'il suffirait peut-être, aux fins du contrôle de la procédure, de publier des avis d'attribution de marché, dans les cas où les avis publiés au début d'une procédure n'auraient pas de conséquences juridiques réelles, alors que pour d'autres, les avis postérieurs à l'attribution intervenaient trop tard. Les personnes consultées sont convenues qu'une approche cohérente serait appropriée, de sorte que le projet de texte révisé prévoie la publication d'un avis avant toute passation, sauf si des considérations particulières telles que la protection d'informations classifiées ou les situations d'urgence en déterminaient autrement. Il a été tenu compte de cette position dans le projet de texte révisé, sauf en ce qui concerne la procédure de demande de prix. S'agissant de cette dernière, aucun consensus n'a pu être trouvé concernant la publication d'un avis.

20. Toutes les personnes consultées sont convenues que la proposition figurant dans la version de juillet 2009 concernant une méthode d'appel d'offres "à deux enveloppes" (article 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3) devrait être supprimée. Bien qu'il ait été noté que la méthode se fondait sur l'article 42 de la Loi type de 1994 (et que le contenu de l'article avait été conservé), il a été estimé que les dispositions relatives à d'autres méthodes de passation (telles que la demande de propositions) permettraient l'évaluation séparée des aspects techniques et financiers envisagée dans cette méthode. Cette opinion a été prise en compte dans le projet de texte révisé.

D. Chapitre V

21. Pour ce qui est de la passation de marchés reposant sur des négociations ou un dialogue, les consultations ont débouché sur de nombreuses propositions rédactionnelles, qui ont été prises en compte dans le chapitre V du projet de texte révisé, contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5. L'attention du Groupe de travail est appelée, en particulier, sur les commentaires figurant dans l'introduction au chapitre, qui mettent en exergue les questions en suspens et la question de la cohérence pour ce qui est de régler: i) certains aspects procéduraux dans toutes les procédures de demande de propositions (demande de propositions avec dialogue, avec négociations consécutives et sans négociations); ii) la mesure dans laquelle les critères d'évaluation et les descriptions (y compris les spécifications) pourraient être modifiés dans l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec ou sans dialogue et négociations; et iii) les procédures de présélection dans les procédures de demande de propositions et d'appel d'offres restreint. **Le point de savoir dans quelle mesure les critères d'évaluation et les descriptions (y compris les spécifications) pourraient être modifiés dans diverses méthodes de passation est un domaine dans lequel les consultations ont révélé des divergences d'opinion importantes.**

22. Une autre question sur laquelle il y a eu des divergences d'opinion est celle de la relation entre les méthodes fondées sur le dialogue et la planification des marchés. Certains ont estimé que ces méthodes ne devraient pas se substituer à une planification efficace, notamment à la réalisation d'études de marché et de faisabilité; d'autres étaient d'avis que l'interaction avec le marché pourrait s'inscrire

dans un “processus consultatif à plusieurs étapes”, qui avait pour objet d’encourager les fournisseurs à participer à la communication des renseignements qui faciliteraient la rédaction d’une description générique du marché envisagé. Il a été dit que ces avis reflétaient les différentes manières dont les praticiens pourraient utiliser la méthode, et que les avantages et inconvénients devraient être traités dans le Guide pour l’incorporation.

23. Les consultations ont par ailleurs débouché sur les conclusions suivantes: le Guide devrait souligner que l’efficacité de ces méthodes dépendrait avant tout de l’existence de capacités suffisantes pour les mettre en œuvre; les liens avec les dispositions relatives aux conflits d’intérêts devraient être traités; les États adoptants devraient examiner avec soin quelles méthodes, parmi celles prévues aux chapitres IV et V du projet de texte révisé, devraient être adoptées en fonction des circonstances locales, compte tenu du fait en particulier que leurs conditions d’utilisation se recoupaient; les incidences d’une procédure de présélection, qui pourrait entraîner l’exclusion d’entreprises novatrices, mais de petite taille, devraient être indiquées.

E. Objectifs socioéconomiques

24. Pour ce qui est des liens entre les objectifs socioéconomiques et la passation de marchés, on a reconnu qu’il s’agissait d’une question sensible et rappelé les conclusions de la Commission à ce sujet (A/64/17, par. 45, 48, 106 à 166 et 267 b)). Il a été estimé qu’il faudrait accorder aux États adoptants une certaine souplesse, prévue dans le texte de 1994, pour appliquer des facteurs socioéconomiques (sous réserve de restrictions régionales ou internationales à leur application), et que des objectifs individuels pourraient être invoqués comme motifs pour limiter la passation d’un marché aux fournisseurs nationaux, comme critères de qualification, comme critères de conformité ou comme critères d’évaluation. Il a été convenu que l’approche de la Loi type devrait être d’exiger la transparence, tout en accordant cette souplesse, pour que d’éventuels participants au processus puissent comprendre la manière dont les facteurs socioéconomiques seraient appliqués. Cette proposition n’était pas nouvelle: elle ne faisait que traduire les objectifs généraux de la Loi type (cette approche serait également exigée par la Convention des Nations Unies contre la corruption – le Groupe de travail étant convenu que la Loi type devrait être conforme aux obligations de la Convention). Ces propositions, qui ont fait l’unanimité parmi les personnes consultées, ont été prises en compte dans les articles 8 à 11 et 16 du texte révisé (contenu dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 et 2).

25. Il a également été convenu que le Guide pour l’incorporation soulignerait les effets de l’utilisation de tels facteurs sur le rapport qualité-prix dans la passation de marchés, et la nécessité de traiter en détail ces facteurs dans les règlements ou dans d’autres règles de droit. Il faudrait également examiner les éléments qui motivent l’utilisation de ces facteurs, comme le souhait d’éviter que le développement industriel repose uniquement sur des monopoles et le fait que les procédures de passation de marchés importants dans les pays en développement ont tendance à favoriser des fournisseurs étrangers de pays développés, ainsi que l’utilisation même de ces facteurs et la réalisation d’un objectif socioéconomique tel que le développement ou le renforcement des capacités. Davantage d’orientations

devraient être fournies sur l'application de ces facteurs, y compris les conséquences liées au fait de considérer un critère d'évaluation comme un critère socioéconomique, l'utilisation de marchés réservés, d'experts locaux et de partenaires de coentreprise, le fractionnement des marchés, les règles de sous-traitance, etc.

F. Chapitre VIII

26. S'agissant des modifications qu'il est proposé d'apporter au système de recours, plusieurs suggestions ont été faites, qui ont été prises en compte dans le projet de texte révisé (chapitre VIII, contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.8). On s'est demandé si la portée des recours, limitée au non-respect des dispositions de la Loi type, était suffisante, et si le fait de ne pas donner de possibilité équitable d'entrer en compétition devrait constituer un motif de réclamation. Il faudrait faire la distinction entre la demande faite à une entité adjudicatrice de revoir une décision et le retour d'information. Par ailleurs, la différence entre la période de suspension initiale de sept jours (pour déterminer si une réclamation doit être examinée plus avant ou si elle est futile) et le temps nécessaire pour connaître de la réclamation devrait être clarifiée. Les dispositions devraient préciser qui serait chargé de déterminer si une réclamation est futile, et le projet d'article 66 devrait renvoyer à l'article 65, pour assurer qu'un tribunal ne soit pas lié par la déclaration d'une entité adjudicatrice/d'un organe de recours administratif selon laquelle des considérations urgentes d'intérêt général exigeraient la poursuite de la passation. **Ces commentaires n'ayant pas été examinés par une majorité des personnes consultées, faute de temps, seul le commentaire final a été pris en compte dans le projet de texte dont est saisi le Groupe de travail. Les commentaires restants lui sont présentés pour examen sous la forme de notes relatives aux projets de dispositions.**

27. Le Guide devrait expliquer que les dispositions de l'article 65 traitent des suspensions, et non des délais d'attente. Il faudrait en outre prévoir une disposition exigeant que l'entité adjudicatrice fournisse rapidement une réponse aux demandes d'information pendant le délai d'attente. Le Guide devrait également examiner les avantages et les problèmes liés aux systèmes de recours administratif et judiciaire, compte tenu en particulier de l'urgence des recours formés dans le contexte de la passation de marchés, et souligner l'importance d'un personnel spécialisé disposant d'une expérience appropriée.

G. Retour d'information

28. Il a été estimé que le retour d'information faisait partie d'un système de recours efficace, et proposé que le Groupe de travail examine s'il convenait d'inclure des dispositions à ce sujet dans la Loi type. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait évoqué l'importance de faciliter un retour d'information efficace (dans le contexte de la préqualification, voir par. 107 du document A/CN.9/668), mais ne s'était pas prononcé sur la question de manière générale.

H. Enchères électroniques inversées et accords-cadres

29. Certaines consultations ont porté sur les projets de dispositions relatives aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres. Il a été demandé qu'une législation autorisant ces méthodes, accompagnée d'orientations, soit diffusée dès que possible, à l'intention surtout des pays en développement. On a toutefois aussi estimé que les dispositions proposées étaient longues et complexes. Il a été suggéré d'insérer certaines d'entre elles dans des règlements de sorte que le texte mette davantage l'accent sur les principes, et de simplifier celui-ci en incluant plus de précisions dans le Guide.

I. Marchés de la défense

30. Pour ce qui est des marchés de la défense, la question n'a pas pu être traitée en détail par manque de temps. Il a été noté que le projet de texte révisé suivrait les instructions de la Commission (à savoir inclure ces marchés dans le champ d'application de la Loi type révisée, permettre le recours à la sollicitation directe et à d'autres méthodes de passation que l'appel d'offres, élaborer des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées et prendre en considération ces mesures dans les dispositions régissant le contenu du procès-verbal obligatoire de la procédure de passation et l'accès à ce dernier, et éviter les répétitions dans le projet de texte autant que possible (A/64/17, par. 265)). Il a également été proposé d'indiquer dans le Guide que la Loi type a vocation à s'appliquer à tous les marchés de la défense, que la passation de ce type de marchés met souvent en jeu des informations classifiées, que la Loi type envisage en conséquence des exceptions à l'obligation d'information du public lorsque la passation de marchés fait intervenir ce genre d'informations, ce qui est souvent, mais pas exclusivement, le cas dans le secteur de la défense. Il a également été proposé que ces exceptions soient traitées plus en détail dans les règlements en matière de passation des marchés, qui doivent être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type. Certains experts ont toutefois estimé que les exceptions devraient toujours être soigneusement examinées par le législateur et non pas être autorisées par voie de règlements.

31. Il a également été proposé que l'on rédige, dans le cadre de travaux futurs, un chapitre séparé sur les marchés de la défense, en tenant compte d'autres questions y relatives, notamment la sécurité de l'approvisionnement, le maintien de l'industrie et des capacités de défense dans les États adoptants et d'autres questions qui seraient identifiées au cours de consultations avec des experts en marchés intéressant la défense. Une autre proposition examinée, qui avait été présentée à la Commission, consistait à inclure les marchés non sensibles intéressant la défense dans les dispositions normales de la Loi type, mais d'exclure entièrement les marchés sensibles, ou d'en faire un chapitre séparé. Aucune conclusion n'a été trouvée pendant le temps alloué aux consultations avant l'élaboration de la présente note. Toutefois, il a été convenu que la prudence était de rigueur pour éviter que les dispositions spéciales relatives aux marchés de la défense fassent l'objet d'abus qui consisteraient à considérer un marché normal comme un marché de la défense pour tirer parti de ces dispositions.

J. Autres points

32. Les points suivants ont également été soulevés au cours des consultations:

a) **Inclusion, dans le préambule, d'un nouvel objectif qui serait "la promotion du développement durable"**, avec peut-être des dispositions sur "l'achat responsable" dans le texte de la Loi type. Les avis étaient partagés sur cette question, notamment s'agissant de savoir si ces objectifs étaient appropriés dans le cadre d'un système de passation;

b) **Inclusion, dans le texte de la Loi type, de dispositions sur la planification des marchés, le contenu des codes de conduite et le professionnalisme dans la passation de marchés.** Ces questions étaient abordées dans le Guide accompagnant le texte de 1994. Le Groupe de travail a prévu, à l'article 4-2 du projet de texte révisé, que les règlements en matière de passation des marchés doivent contenir un code de conduite². Certains ont estimé que l'absence de dispositions dans le texte ferait obstacle à une passation de marchés efficace; d'autres qu'une loi sur la passation n'était pas l'endroit approprié pour ce genre de questions³. Selon un autre avis, la CNUDCI pourrait examiner ces questions dans le cadre d'éventuels travaux futurs sur la passation de marchés;

c) **Examen de la question de savoir si les procédures de sélection prévues dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé⁴ devraient être alignées sur celles prévues dans la Loi type.** Là encore, toutefois, il a été suggéré que la CNUDCI examine ces questions dans le cadre d'éventuels travaux futurs sur la passation de marchés;

² Le code de conduite serait soumis à publication obligatoire selon l'article 5-1. Voir également les discussions à ce sujet qui ont suivi les délibérations du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts, notamment aux paragraphes 17 et 116 du document A/CN.9/664, et au paragraphe 22 du document A/CN.9/668.

³ Le Groupe de travail n'a pas considéré le professionnalisme comme une question à part, même s'il a noté que le Guide traite de la formation du personnel chargé de la passation et de questions connexes (voir Guide pour l'incorporation, *Structure administrative requise pour l'application de la Loi type*, par. 37). S'agissant de la planification des marchés, le Groupe de travail a examiné la question en s'interrogeant sur la mesure dans laquelle les marchés futurs devraient être soumis aux exigences en matière de publication prévues à l'article 5 du projet de texte révisé (à ses septième, huitième, neuvième, dixième, douzième et quinzième sessions) et a résumé sa position comme suit: "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." (A/CN.9/595, par. 83).

⁴ Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003).

d) **Inclusion de définitions relatives à la corruption (acte de fraude, acte de corruption, acte de coercition et collusion) inspirées des définitions élaborées par les banques multilatérales de développement**⁵. Certains ont estimé que ces définitions seraient utiles pour traiter les situations dans lesquelles les soumissions devaient être rejetées. D'autres en revanche ont estimé que, comme il n'existait pas de définition universellement acceptée de la corruption et de ses diverses formes, comme en témoignait l'absence de définition de la corruption dans la Convention des Nations Unies contre la corruption, la Loi type ne devrait pas introduire ce genre de définitions;

e) Réexamen des formules employées pour décrire la soumission à retenir, à savoir: offre proposant le prix le plus bas, offre la plus basse selon l'évaluation, proposition offrant le prix le plus bas, proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix et du prix, prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, proposition répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, et meilleure offre définitive. La question est restée en suspens à l'issue des délibérations de la quarante-deuxième session de la Commission. Une question connexe est celle de la définition de la soumission à retenir à l'article 2 ou, selon une autre proposition, de "l'offre la plus avantageuse ou autre soumission à retenir"⁶;

f) **Inclusion d'une ou de plusieurs autres méthodes de passation réservées aux marchés de services consultatifs**, ou limitation d'une ou de plusieurs des méthodes proposées à ces marchés.

Il a été dit qu'il était nécessaire de prévoir une méthode de passation spécialisée car les marchés de services consultatifs ne se traduisaient pas par un produit physique mesurable et car il était à la fois souhaitable et inévitable que l'entité adjudicatrice jouisse d'une grande liberté d'appréciation au moment de déterminer la soumission à retenir. Les critères d'évaluation qualitatifs étaient par conséquent plus importants que le prix (de fait, le prix n'était pas nécessairement un facteur décisif). Ces critères dépendaient de la manière dont l'entité adjudicatrice estimait que ses besoins pourraient être satisfaits au mieux, et tenaient compte d'éléments tels que l'expérience dans le type de service recherché, la qualité de la méthodologie proposée, les qualifications du personnel pour la mission concernée et le transfert de connaissances.

Les personnes consultées sont convenues que les règles de procédure relatives à une méthode de passation spécialisée suivraient celles énoncées pour la demande

⁵ Voir, par exemple, le commentaire sur les définitions harmonisées de la Banque asiatique de développement à l'adresse <http://www.adb.org/Documents/Policies/Anticorruption/definitions-update.pdf>.

⁶ Cette question a fait l'objet de délibérations aux sessions du Groupe de travail: voir A/CN.9/668, par. 180 c), 181 et 220, et historique de la rédaction des dispositions de 1994 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B (par. 17 à 38). Pour un résumé des délibérations de la Commission à ce sujet, voir A/64/17, par. 169 à 173. Les avis étaient partagés quant à la question de savoir s'il fallait maintenir le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" dans la Loi type révisée, certains y étant favorables, alors que d'autres craignaient que le terme ne sous-entende que le fournisseur recevant la note la plus basse à l'issue du processus d'évaluation serait celui à retenir. On a proposé d'autres termes, comme "soumission la plus avantageuse" utilisés dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, "offre la plus économique" ou "meilleure offre selon l'évaluation".

de propositions avec dialogue et négociations consécutives, aux articles 43 et 44 du chapitre V (voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5) ou à l'article 41 du chapitre IV (voir document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4). Une autre solution pourrait consister à prévoir une procédure de demande de propositions avec négociations simultanées (fondée sur l'article 43 ou l'article 48 de la Loi type de 1994), où les négociations seraient plus souples.

Certains ont estimé que la souplesse requise pour la passation de marchés de services consultatifs existait dans les méthodes prévues aux chapitres IV et V, mentionnées plus haut, notamment à l'article 43 du projet de texte révisé qui, dans l'esprit de ceux qui l'ont proposé, était destiné à remplacer l'article 48 de la Loi type de 1994. Il a été noté que cette méthode n'était pas réservée à une catégorie de marché particulière, et que les spécificités de la passation des marchés de services consultatifs pourraient être traitées dans des règlements (qui aborderaient les questions de sélection fondée sur la qualité et le coût et des budgets fixes, le cas échéant). D'autres étaient d'avis que de nombreux États ayant adopté une législation fondée sur le texte de 1994 avaient prévu une méthode de passation spéciale (inspirée des Directives: Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale) et qu'il serait utile, pour des motifs d'harmonisation, de suivre cette approche dans la Loi type.

33. Lorsqu'il décidera, parmi les propositions d'experts, celle qu'il souhaite retenir dans le projet de loi type révisée, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler les commentaires faits à la quarante-deuxième session de la Commission. On avait souligné à cette session qu'il "importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire. On a fait valoir que la loi type révisée aurait une très forte incidence sur la réforme du droit des marchés actuellement en cours à l'échelle locale et régionale. Les orientations de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés étaient recherchées en particulier en ce qui concernait des questions telles que les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, les approvisionnements en ligne en général, le dialogue compétitif et la passation de marchés dans le secteur de la défense" (A/64/17, par. 285).

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le préambule et les articles 1 à 13 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**Préambule**

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

- a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;
- b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés, en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;
- c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application¹

La présente Loi s'applique à tous les marchés passés par des entités adjudicatrices.

Article 2. Définitions²

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "délai d'attente" désigne le délai précédant l'entrée en vigueur du marché, qui doit être spécifié dans le dossier de sollicitation, pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs dont la soumission a été examinée peuvent introduire un recours contre l'intention de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir³;

b) Le terme "dossier de sollicitation" désigne l'ensemble des documents sollicitant des soumissions;

c) [Le terme "enchère électronique inversée" désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des enchères de plus en plus basses au cours d'une période déterminée⁴];

d) Le terme "entité adjudicatrice" désigne:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement" ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

ii) (L'État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux sous-alinéas, d'autres entités ou entreprises, ou catégories

¹ Le Guide précisera, pour cet article, que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur) (A/CN.9/668, par. 63).

² Comme l'a suggéré la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 52), les définitions ont été classées par ordre alphabétique. Le présent article sera complété, dans le Guide pour l'incorporation révisé, par un glossaire plus complet des termes utilisés dans la Loi type.

³ Comme il a été demandé à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur le libellé dont il avait été convenu pour le projet d'article 19-2 c) dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2.

⁴ Définition ajoutée conformément à la proposition formulée à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 72 et 73).

d'entités ou d'entreprises, à inclure dans la définition de l'«entité adjudicatrice»);

e) [Le terme «facteurs socioéconomiques»⁵ désigne les considérations environnementales, sociales, économiques et autres dont les règlements en matière de passation des marchés autorisent l'entité adjudicatrice à tenir compte lors de la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de l'évaluation de la conformité des soumissions ou de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, ou lors de plusieurs de ces étapes à la fois, afin d'appliquer les politiques socioéconomiques du présent État. [... (l'État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste illustrative de ces considérations)];⁶

f) Le terme «fournisseur ou entrepreneur» désigne, selon le contexte, toute personne qui est susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l'entité adjudicatrice ou la personne qui y participe effectivement;

g) Le terme «garantie de soumission»⁷ désigne une garantie que l'entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l'exécution de toute obligation visée à l'article [15-1 f)]. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une

⁵ Le Secrétariat propose d'ajouter cette nouvelle définition pour tenir compte de la fréquence de ce terme dans la Loi type, ainsi que des résultats des consultations qu'il a tenues avec les experts.

⁶ La Loi type de 1994 (art. 34-4 c) iii)) mentionne dans ce contexte «l'état de la balance des paiements et les réserves en devises [du présent État], les arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l'ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d'œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles». À la quarante-deuxième session de la Commission, il a été proposé d'actualiser la liste pour qu'elle mentionne des facteurs tels que: «le développement d'un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement, l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l'état de la balance des paiements et les réserves en devises» (A/64/17, par. 164). L'autre solution consistant à ne fournir qu'une liste illustrative dans le Guide a également été examinée (A/64/17, par. 161). La définition vise à tenir compte de toutes les propositions qui ont été faites. En ce qui concerne cette définition, le Guide décrirait les coûts que l'application de tels facteurs pourrait entraîner pour la passation, et préciserait que ces facteurs ne sont généralement jugés appropriés que dans le but d'aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

⁷ Bien qu'il ait été proposé, à la quarante-deuxième session de la Commission, de remplacer le terme «submission security» (garantie de soumission) par le terme «tender security» (garantie d'offre ou garantie de soumission) ou par «tender or other [submission] security» (garantie d'offre ou autre [de soumission]) (A/64/17, par. 55 et 56), le premier terme a été conservé par souci de cohérence et par commodité. Le Guide précisera que cette définition ne doit pas être comprise comme signifiant que plusieurs garanties de soumission peuvent être exigées par l'entité adjudicatrice dans une procédure de passation unique où des enchères, offres ou propositions révisées sont présentées (A/64/17, par. 57).

banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché;

h) Le terme “marché” désigne un contrat [ou des contrats]⁸ conclu[s] entre l’entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d’une procédure de passation de marché;

i) [Le terme “modification substantielle” désigne une modification des conditions de la passation, telles que définies par l’entité adjudicatrice lorsqu’elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la procédure, qui rendrait non conformes des soumissions précédemment conformes, et conformes des soumissions précédemment non conformes, et qui modifierait la situation des fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leur qualification. Pour écarter tout doute, une modification substantielle inclut une modification de la description de l’objet du marché, des critères et des procédures d’examen, d’évaluation et de comparaison des soumissions et de détermination de la soumission à retenir et du coefficient de pondération des critères d’évaluation⁹;

j) Le terme “monnaie” englobe les unités de compte monétaires;

k) Le terme “passation de marché” désigne l’acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services (l’“objet du marché”)¹⁰;

l) [Le terme “passation de marché national” désigne une passation qui est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l’article 8 ou pour laquelle l’entité adjudicatrice juge que, en raison de la faible valeur de l’objet du marché (le seuil correspondant doit être défini dans les règlements en matière de passation des marchés), seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter présenter des soumissions¹¹;

⁸ À la quarante-deuxième session de la Commission, lors de l’examen de l’article concernant le procès-verbal de la procédure de passation de marché, il a été proposé de réviser certaines dispositions de cet article pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l’issue de la procédure (A/64/17, par. 267 a)). Afin d’éviter la répétition, d’un bout à l’autre de la Loi type, de la formule “un marché ou des marchés”, qui serait plus lourde, on propose ici une formule plus courte.

⁹ A/64/17, par. 67 à 71. Définition fondée sur le projet d’article qui figurait dans le chapitre régissant les procédures d’accords-cadres de la version antérieure.

¹⁰ En ce qui concerne cette définition, le Guide reprendra les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” du texte de 1994 (article 2 c) à e)). Il expliquera que les mots “par un moyen quelconque” ne devraient pas être interprétés comme faisant référence à des actes illicites, mais comme signifiant que la passation de marché se fait non seulement par voie d’achat, mais également par d’autres moyens comme la location (l’article I.2 de l’Accord sur les marchés publics de l’OMC (AMP, 1994) et le texte adopté à titre provisoire de l’article II.2 b) de l’AMP révisé emploient une terminologie équivalente, à savoir “l’achat, le crédit-bail et la location ou location vente, avec ou sans option d’achat”) (A/CN.9/668, par. 273).

¹¹ Comme l’a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d’ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur les articles 17 et 23 de la Loi type de 1994.

m) [Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées¹²” désigne une passation pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures et imposer des prescriptions spéciales pour protéger ces informations, y compris à déterminer quelles dispositions de la présente Loi exigeant l’information du public ne s’appliqueront pas¹³];

[n) Le terme “procédure d’accord-cadre” désigne une passation qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l’attribution d’un marché au titre de l’accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l’accord;

i) Le terme “accord-cadre” désigne un accord ou des accords conclus entre l’entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d’accord-cadre achevée;

ii) Le terme “accord-cadre fermé” désigne un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n’y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement;

iii) Le terme “accord-cadre ouvert” désigne un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s);

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

v) Le terme “procédure d’accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape” désigne une procédure d’accord-cadre fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont définies lors de la conclusion de l’accord¹⁴.]

¹² Pour cette disposition, le Guide préciserait que le terme “informations classifiées” vise les informations désignées comme telles par un État adoptant, conformément au droit national applicable, et qu’il n’est pas question dans la disposition de laisser à l’entité adjudicatrice la liberté d’élargir cette définition.

¹³ Ainsi que l’a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d’ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type. Elle se fonde sur le libellé proposé à cette même session de la Commission (A/64/17, par. 118 et 137). Cette définition est complétée par la disposition énoncée à l’article 23 (relatif au procès-verbal de la procédure de passation de marché) exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l’entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées, comme les exceptions aux obligations d’information du public.

¹⁴ Le Groupe de travail devra examiner si toutes ces définitions devraient être conservées dans l’article 2 ou déplacées au chapitre VII (procédures d’accords-cadres) (A/64/17, par. 64 à 66). Le Guide expliquera pour cet article que l’accord-cadre lui-même devrait préciser comment des éléments tels que les délais de livraison et tout autre élément variable seraient déterminés.

o) [Le terme “règlements en matière de passation des marchés” désigne les règlements qui doivent être adoptés conformément à l’article 4 de la présente Loi¹⁵;

p) Le terme “sollicitation” désigne la demande aux fournisseurs ou aux entrepreneurs de présenter des soumissions:

i) Le terme “sollicitation ouverte” désigne la sollicitation d’un nombre illimité de fournisseurs ou d’entrepreneurs par voie de publication dans ... (l’État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée) et[, à moins que l’entité adjudicatrice n’en décide autrement en cas de passation d’un marché national]¹⁶, dans une langue d’usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale¹⁷;

ii) Le terme “sollicitation directe” désigne la sollicitation [exceptionnelle]¹⁸ d’un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs dans les conditions spécifiées par la présente Loi;

q) Le terme “soumission”¹⁹ désigne de façon collective ou générique une (des) offre(s), une (des) proposition(s), un (des) prix et une (des) enchère(s);

r) Le terme “soumission à retenir” désigne...²⁰;

¹⁵ Ainsi que l’a demandé la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 74), le Secrétariat propose d’ajouter cette nouvelle définition, étant donné que ce terme apparaît fréquemment dans la Loi type.

¹⁶ Ce passage correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l’article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu’il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées aux termes de l’article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.

¹⁷ Le Guide précisera que la publicité internationale augmente pour promouvoir le commerce régional et faciliter les contestations à l’échelle internationale.

¹⁸ Bien qu’il ait été proposé, à la quarante-deuxième session de la Commission, de mettre en exergue la nature exceptionnelle de la sollicitation directe dans la définition (A/64/17, par. 63), le Groupe de travail voudra peut-être considérer que celle-ci est exceptionnelle lorsque l’entité adjudicatrice a le choix entre une sollicitation ouverte et une sollicitation directe, ce qui, dans le projet actuel de loi type révisée, vaut uniquement pour les procédures de demande de propositions. La sollicitation directe est inhérente à d’autres méthodes de passation, telles que l’appel d’offres retreint, la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d’une source unique et ne peut pas, par conséquent, être considérée comme exceptionnelle dans ces cas.

¹⁹ A/64/17, par. 58 à 60. Le terme “soumission” a été retenu plutôt que l’expression proposée “offre ou autre soumission”, car cette dernière faussait le sens d’un certain nombre de dispositions dans la Loi type et rendait la lecture difficile. Le Guide précisera que les États adoptants peuvent retenir un autre terme concis reflétant la terminologie couramment utilisée dans leur système de passation.

²⁰ Cette définition sera complétée une fois que les chapitres III à VII auront été finalisés.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]²¹

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

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

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

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

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

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

1. Le ... (l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité habilité à établir les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à établir des règlements en matière de passation des marchés à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'application des dispositions de la présente Loi.

2. Les règlements en matière de passation des marchés contiennent un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices qui traite, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans la passation des marchés. Ils prévoient également, s'il y a lieu, des mesures pour régler les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation²².

3. Les règlements en matière de passation des marchés mentionnent également toute considération environnementale, sociale, économique et autre dont l'entité adjudicatrice peut tenir compte, lors de la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de l'évaluation de la conformité des soumissions, ou de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, ou de plusieurs de ces étapes à la fois, aux fins de l'application des politiques socioéconomiques du présent État²³.

²¹ Le Guide précisera pour cet article que les passages entre crochets s'adressent aux États fédéraux. Il signalera également aux États adoptants qu'ils devront peut-être adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles, voire ne pas les incorporer si elles entrent en conflit avec leur droit constitutionnel (A/64/17, par. 75 à 78).

²² Le Groupe de travail voudra peut-être revoir s'il convient de placer les dispositions du paragraphe 2 dans le présent article car, dans de nombreux États, ces questions sont traitées au niveau du droit législatif, et non des règlements.

²³ Ajout proposé pour tenir compte de la nouvelle définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2.

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.
2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire.

[Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marchés prévus pour les mois ou les années à venir²⁴.
2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité d'un marché futur²⁵.
3. La publication conformément au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs²⁶.]

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions et autres informations qui sont générés durant une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, y compris en rapport avec un recours visé au chapitre [VIII] ou pendant une réunion, ou qui font partie du procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article [23], sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.
2. La sollicitation directe²⁷ et la communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux

²⁴ En ce qui concerne ce paragraphe, le Guide soulignerait la nécessité d'une bonne planification de la passation des marchés.

²⁵ Le Guide expliquerait que ce paragraphe emploie les mots "préavis concernant la possibilité d'un marché futur" pour permettre aux entités adjudicatrices d'évaluer le marché en cas de passation complexe, et s'abstient d'utiliser des termes qui pourraient prêter à confusion avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié lors de la procédure de demande de propositions.

²⁶ A/64/17, par. 80 à 87. Le Guide expliquera que les dispositions du présent article peuvent être appliquées indépendamment de la méthode de passation et soulignera aussi qu'elles sont importantes eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assurent la transparence tout au long du processus et privent de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité.

²⁷ Correspond aux renvois, dans l'article 9 de la Loi type de 1994, aux articles 37-3 et 47-1 de ce texte.

articles [15-1 d)²⁸, 16-6 et 16-9²⁹, 35-2 a)³⁰, 37-1³¹ et 44 ...]³²³³ peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement³⁴.

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

a) Toute condition de forme;

[b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle le juge nécessaire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis³⁵;

c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom³⁶;

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

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

4. L'entité adjudicatrice a recours à des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Elle utilise en outre, pour toute réunion avec les fournisseurs ou entrepreneurs, des moyens qui leur permettent de participer pleinement et en direct à cette réunion³⁷.

5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées³⁸.

²⁸ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 32-1 d) du texte de 1994.

²⁹ Id., en ce qui concerne le renvoi aux articles 7-4 et 7-6 du texte de 1994.

³⁰ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 31-2 a) du texte de 1994.

³¹ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 34-1 du texte de 1994.

³² Le renvoi manquant devrait correspondre à l'article 44 b) à f) du texte de 1994 (procédures de sélection avec négociations consécutives). Il sera actualisé en fonction des modifications du chapitre V.

³³ Il a été décidé que les autres renvois dans le texte de 1994 [aux articles 36-1 (avis d'acceptation de l'offre) et 12-3 (avis de rejet de toutes les soumissions)] seraient supprimés (A/64/17, par. 122).

³⁴ A/64/17, par. 121 et 122.

³⁵ A/64/17, par. 123 à 137.

³⁶ A/64/17, par. 138 et 139.

³⁷ A/64/17, par. 140 et 141.

³⁸ A/64/17, par. 142 et 143.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés[, y compris pour appliquer une ou plusieurs des politiques socioéconomiques du présent État,]³⁹ ou conformément à d'autres dispositions de la législation.

[2. À moins qu'elle n'y soit tenue pour appliquer une ou plusieurs des politiques socioéconomiques du présent État énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs⁴⁰.]

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

4. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent y participer sans distinction de nationalité, cette déclaration ne pouvant être modifiée par la suite.

5. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice l'indique dans le dossier de sollicitation.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

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

2. Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés pour ladite procédure:

- i) Posséder les qualifications et les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience, les normes

³⁹ Proposition d'ajout à la suite des consultations avec les experts, pour permettre à l'entité adjudicatrice de limiter la participation aux procédures de passation sur la base de la nationalité pour des motifs socioéconomiques.

⁴⁰ Suite aux consultations tenues avec les experts, il est proposé de mentionner la limitation en raison de facteurs socioéconomiques pour prendre en compte par exemple les programmes réservés aux minorités, aux petites et moyennes entreprises ou aux groupes autochtones.

éthiques, [les références]⁴¹ et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

ii) Avoir la capacité de contracter;

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

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

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

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents qu'elle pourra juger utiles pour s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2.

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui ne soit pas prévu dans la présente Loi.

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

6. Sous réserve des dispositions de l'article 8, l'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable.

7. Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger l'authentification des pièces que le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir a produites pour justifier de ses qualifications dans le cadre de la procédure de passation de marché. Ce faisant, elle n'impose pas, pour cette

⁴¹ À la quarante-deuxième session de la Commission, il a été convenu, lors de l'examen des critères d'évaluation, de remplacer le terme "réputation" par le mot "références" (jugé plus objectif) (A/64/17, par. 160 c)). La même modification est apportée ici.

authentification, de condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

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

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

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

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 16 de la présente Loi qu'il justifie à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge ou non satisfaites les justifications qu'il a produites.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre⁴²

1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions. Lorsqu'elle fixe des exigences minimales pour identifier les soumissions conformes, elle les fait également figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation, en précisant la manière dont elles seront appliquées⁴³.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 8, ni la documentation de préqualification, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché qui crée des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

3. La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions relatives aux essais et méthodes d'essai, à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie.

⁴² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le projet d'article 10 révisé devrait se référer plus explicitement à l'évaluation de la conformité, plutôt qu'à la description de l'objet du marché (ceci permettrait également de l'aligner sur les dispositions relatives à l'évaluation proposées dans le projet d'article 11 révisé).

⁴³ A/64/17, par. 144 à 148.

4. Dans la mesure où cela est faisable, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives ou les caractéristiques de performance pertinentes de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" soient employés.

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

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du contrat qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

[Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation⁴⁴

1. a) Sauf pour ce qui concerne les facteurs socioéconomiques visés au paragraphe 2 ci-après, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.

b) Les critères d'évaluation comprennent [uniquement]⁴⁵:

i) Le prix, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article⁴⁶;

iii) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément à [passation avec demande de propositions, ajouter les renvois appropriés], l'expérience, les références⁴⁷, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture de l'objet du marché, sous réserve de

⁴⁴ A/64/17, par. 149 à 174.

⁴⁵ A/64/17, par. 160 a).

⁴⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des marges de préférence.

⁴⁷ A/64/17, par. 160 c).

toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article⁴⁸;

iv) [Les performances en matière de protection de l'environnement⁴⁹].

2. Si les règlements en matière de passation des marchés l'autorisent [et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne un organe habilité à donner ladite approbation)], les critères d'évaluation peuvent en outre comprendre:

a) Des facteurs socioéconomiques⁵⁰;

b) Une marge de préférence accordée aux soumissions de travaux présentées par des entrepreneurs nationaux, aux soumissions de biens produits localement ou de services de fournisseurs locaux. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés et est mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché⁵¹;

c) [Des considérations de défense et de sécurité nationales⁵².]

3. Sous réserve des dispositions de [l'article 43], tous les critères d'évaluation sont affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation. Tout critère d'évaluation autre que le prix est, dans la mesure où cela est faisable, objectif, quantifiable et exprimé en termes pécuniaires⁵³.

⁴⁸ A/64/17, par. 159 et 160. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des marges de préférence.

⁴⁹ Comme proposé à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 160 e)). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait conserver ici la mention des performances en matière de protection de l'environnement, ou s'il suffit de traiter les aspects environnementaux dans le cadre des facteurs socioéconomiques au paragraphe 2 a) du présent article (la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 mentionne les considérations environnementales; le fait de ne pas mentionner ces considérations dans la définition des "facteurs socioéconomiques" à l'article 2 aurait des incidences sur leur prise en compte aux articles 8 (en relation par exemple avec les projets réservés à certains groupes/qualifications) et 10 (en relation avec l'évaluation de la conformité des soumissions). Si la mention des considérations environnementales est maintenue dans le présent paragraphe, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si celles-ci auront toujours un lien avec l'objet du marché (voir par. 1 du présent article), ou si elles devraient être exclues du champ du paragraphe 1, à l'instar des facteurs socioéconomiques. Si les considérations environnementales sont uniquement traitées au paragraphe 2 (dans le cadre des facteurs socioéconomiques), elles ne pourront être prises en compte dans l'évaluation des soumissions que si les conditions du chapeau du paragraphe 2 sont remplies (c'est-à-dire être autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et appliquées sous réserve d'approbation par un organe désigné).

⁵⁰ Les facteurs sont désormais décrits dans la section consacrée aux définitions, car ils peuvent s'appliquer tant à la qualification et à la conformité qu'à l'évaluation des soumissions.

⁵¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les marges de préférence s'appliquent à la fois au prix et aux critères d'évaluation autres que le prix et à toutes les méthodes de passation. Voir les questions relatives aux sous-alinéas ii) et iii) de l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article.

⁵² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition reste pertinente. Une autre possibilité consisterait à permettre l'application de ces considérations en ajoutant une référence aux aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale dans le paragraphe 1.

⁵³ A/64/17, par. 157 et 158.

4. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation⁵⁴:
 - a) La base sur laquelle elle se fondera pour déterminer la soumission à retenir⁵⁵;
 - b) Tous les critères [d'évaluation] établis conformément au présent article, y compris toute marge de préférence; et
 - c) Lorsque des critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, le coefficient de pondération dont sera affecté chacun de ces critères [d'évaluation] (y compris le prix), ou leur ordre d'importance lorsque la passation de marché est menée en conformité avec l'article 43, et les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.
5. [Sous réserve des articles 14, 42 et 43 de la présente Loi,]⁵⁶ pour évaluer et comparer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation, et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Aucun critère ou procédure qui n'a pas été énoncé en conformité avec la présente disposition ne sera utilisé⁵⁷.]

[Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

1. Une entité adjudicatrice ne fractionne pas un marché en contrats distincts, ni n'utilise une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans l'intention de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs.
2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, elle inclut la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un ou à plusieurs fournisseurs, en tenant compte de toutes les formes de rémunération⁵⁸.]

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. La documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant spécifie sa ou ses langues officielles)

⁵⁴ Le paragraphe est fondé sur les dispositions de l'article 27 e), qui sont répétées dans l'article 38 m), du texte de 1994. Le Groupe de travail pourra envisager de faire figurer cette disposition plutôt dans l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation).

⁵⁵ Le Guide expliquerait, pour cet article, que le dossier de sollicitation doit indiquer clairement si la sélection se fera en fonction de la soumission au prix le plus bas, de la soumission la plus basse selon l'évaluation, de la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou autre, selon le cas.

⁵⁶ Les articles auxquels il est renvoyé permettent de modifier des aspects initialement prévus dans le dossier de sollicitation.

⁵⁷ A/64/17, par. 152 à 156.

⁵⁸ Il est proposé d'ajouter ces nouvelles dispositions compte tenu des propositions des experts. Elles se fondent sur les dispositions équivalentes de l'AMP de l'OMC (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006). Ces dispositions sont utiles dans le contexte des seuils envisagés dans la Loi type pour la passation de marchés de faible valeur en vue de recourir à la passation de marchés nationaux, à l'appel d'offres restreint ou à la demande de prix.

(et dans une langue d'usage courant dans le commerce international [à moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national.]⁵⁹).

2. Les demandes de préqualification, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans toute langue dans laquelle la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation ont été publiés ou dans toute autre langue spécifiée par l'entité adjudicatrice dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation, respectivement.

⁵⁹ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées aux termes de l'article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.2 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant les articles 14 à 23 du chapitre I (Dispositions générales) et le chapitre II (Méthodes de passation des marchés) de la Loi type révisée (le chapitre II contient les articles 24 à 29).

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES
*(suite)***[Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation^{1, 2}**

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice des éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des soumissions. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa soumission en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.
2. À tout moment avant la date limite de présentation des soumissions, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.
3. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les

¹ Le présent article a été déplacé du chapitre sur l'appel d'offres. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de limiter l'étendue des modifications permises par le paragraphe 2 de l'article. À cette fin, il pourrait s'appuyer sur la notion de "modification substantielle" telle que définie à l'article 2 du présent projet.

² En ce qui concerne le présent article, le Guide mentionnera les dispositions de la Loi type qui traitent de la prorogation du délai de présentation des soumissions et précisera que l'entité adjudicatrice ne serait tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle a connaissance de son identité (A/CN.9/668, par. 168).

demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs soumissions.]

Article 15. Garanties de soumission³

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

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

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie de soumission et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréés par l'entité adjudicatrice;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation(, à moins que l'acceptation de la garantie par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État ou) à moins que l'entité adjudicatrice n'exige, en cas de passation d'un marché national, que la garantie de soumission soit émise par un émetteur dans le présent État⁴;

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

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

³ En ce qui concerne le présent article, le Guide mentionnera l'utilisation, dans certains États, de mécanismes autres que les garanties de soumission, tels que les déclarations de garantie de l'offre que l'entité adjudicatrice peut, dans les cas appropriés, demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs de signer au lieu d'exiger d'eux une garantie de soumission. Dans ce type de déclarations, le fournisseur ou l'entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions, comme être disqualifié pour la prochaine passation de marché, en cas de survenue d'un événement normalement couvert par une garantie de soumission. Il ne devrait toutefois pas faire l'objet d'une exclusion étant donné que ce type de sanction ne devrait pas concerner les manquements à caractère commercial. Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés, en augmentant la participation, en particulier, des petites et moyennes entreprises qui autrement ne pourraient pas prendre part à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission.

⁴ Ces mots ont été ajoutés pour tenir compte d'un renvoi figurant dans l'article 23 de la Loi type de 1994. Cet article a été supprimé dans le présent projet de loi type révisée, et ses dispositions ont été insérées dans divers articles régissant la passation des marchés nationaux pour faciliter la lecture.

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

- i) Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;
- ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice;
- iii) Le défaut de fourniture de la garantie de bonne exécution requise, après l'acceptation de la soumission à retenir, ou le manquement, avant la signature du marché, à toute autre condition spécifiée dans le dossier de sollicitation.

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

- a) L'expiration de la garantie de soumission;
- b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;
- c) La clôture de la procédure de passation de marché sans entrée en vigueur d'un marché;
- d) Le retrait de la soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Article 16. Procédure de préqualification

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de préqualification afin d'identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article [9] s'appliquent à la procédure de préqualification.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à soumettre une demande de préqualification dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle où l'invitation doit être publiée). [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]⁵ l'invitation à soumettre une demande de préqualification est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans

⁵ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le présent projet de loi type révisée. Les experts que le Secrétariat a consultés ont estimé qu'il serait souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées par l'article 23 de la Loi type de 1994 en cas de passation de marchés nationaux.

une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale.

3. L'invitation à soumettre une demande de préqualification comporte, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;
- c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [9-2];
- d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
- e) Les moyens, le mode et [les modalités]⁶ d'obtention de la documentation de préqualification;
- f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de préqualification et, après la préqualification, pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- g) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]⁷ la monnaie et les modalités de paiement de la documentation de préqualification et, après la préqualification, du dossier de sollicitation;
- h) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]⁸ la ou les langues dans lesquelles la documentation de préqualification est disponible et dans lesquelles, après la préqualification, le dossier de sollicitation sera disponible;
- i) Le mode[, les modalités] et la date limite de soumission des demandes de préqualification. Celle-ci est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

4. L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire de la documentation de préqualification à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande

⁶ Les experts que le Secrétariat a consultés se sont demandé si la décision du Groupe de travail de remplacer le mot "lieu" par le terme techniquement plus neutre "modalités" rendrait le texte plus difficile à comprendre. Le terme "modalités" a été utilisé dans l'ensemble du projet de loi type révisée.

⁷ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le présent projet de loi type révisée. Les experts que le Secrétariat a consultés ont estimé qu'il serait souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées par l'article 23 de la Loi type de 1994 en cas de passation de marchés nationaux.

⁸ Id.

conformément à l'invitation à soumettre une demande de préqualification et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de préqualification ne doit refléter que le coût de la distribution de ladite documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs.

5. La documentation de préqualification comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de préqualification;

b) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de préqualification, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de préqualification;

e) S'ils sont déjà connus, le mode, [les modalités] et la date limite de présentation des soumissions;

f) Toutes autres règles pouvant être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des demandes de préqualification et la procédure de préqualification.

6. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements sur la documentation de préqualification qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de préqualification. Sa réponse est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre en temps voulu sa demande de préqualification. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de préqualification.

7. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à soumettre une demande de préqualification et dans la documentation de préqualification⁹.

8. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

⁹ A/64/17, par. 178.

9. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification s'il est ou non préqualifié. Elle communique également à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés, [à moins qu'elle décide de ne pas divulguer ces renseignements afin de protéger des informations classifiées lors d'une passation de marché mettant en jeu de telles informations]¹⁰.

10. L'entité adjudicatrice communique promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs non préqualifiés qui en font la demande les motifs de leur non-préqualification.

[Article 17. Abandon de la passation de marché

1. L'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché¹¹ à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir¹².

2. La décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et les raisons de cette décision sont consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et sont promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission [qui en fait la demande]^{13, 14}. L'entité adjudicatrice publie en outre promptement un avis d'abandon de la passation de marché de la même manière, dans la même publication et dans les mêmes médias que ceux utilisés pour publier la sollicitation en vue du marché concerné¹⁵.

3. L'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions au seul motif qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article¹⁶, à condition que les circonstances à l'origine de

¹⁰ Ce passage a été ajouté en fin de phrase suite à la demande faite au Secrétariat, à la quarante-deuxième session de la Commission, d'élaborer, en vue de leur examen par le Groupe de travail, des propositions rédactionnelles qui tiennent compte de la passation de marchés sensibles, en envisageant des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées dans ce type de passation (A/64/17, par. 264 et 265).

¹¹ A/64/17, par. 183 à 185.

¹² Lors des consultations du Secrétariat avec les experts, il a été proposé d'ajouter le texte suivant dans le paragraphe 1: “[, à condition que les circonstances à l'origine de l'abandon [n'aient pu être prévues par] [ne résultent pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de la part de] l'entité adjudicatrice]”. Il a également été indiqué lors des consultations que, même dans de telles circonstances, l'intérêt général serait probablement mieux servi si la passation était abandonnée, pour autant qu'une telle décision produise des conséquences (telles que le remboursement du coût de présentation des soumissions). Le Groupe de travail voudra donc peut-être insérer le texte proposé dans le paragraphe 3, qui a trait à la question de la responsabilité, plutôt que dans le paragraphe 1. Le Guide proposerait, en ce qui concerne le présent article, des mesures de protection que les États adoptants pourraient envisager pour empêcher l'entité adjudicatrice d'abuser du droit que lui confère l'article.

¹³ A/64/17, par. 195 et 196.

¹⁴ A/64/17, par. 193 à 198. Le Guide expliquera, pour cet article, que l'entité adjudicatrice doit dans ce cas également renvoyer en l'état toute soumission non ouverte qu'elle a reçue avant de décider d'abandonner la procédure de passation de marché.

¹⁵ A/64/17, par. 191.

¹⁶ A/64/17, par. 199 à 208. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les

l'abandon [n'aient pu être prévues par elle] [ne résultent pas de manœuvres dilatoires ou irresponsables de sa part].]

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle a déterminé que le prix soumissionné, avec¹⁷ les éléments composant la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments composant la soumission qui suscitent des craintes quant à sa capacité à exécuter le marché;

b) Qu'elle ait pris en compte toute information communiquée par le fournisseur ou l'entrepreneur et les informations contenues dans la soumission, mais qu'elle continue sur la base de ces informations¹⁸ d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les raisons qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision sont consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 19. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

1. L'entité adjudicatrice rejette une soumission si:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée propose, fournit ou convient de fournir, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché;

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un avantage concurrentiel injuste en violation des normes applicables;

soumissions ont été ouvertes (selon les experts que le Secrétariat a consultés, il est admis depuis toujours que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, mais que cette situation change une fois que les soumissions ont été ouvertes).

¹⁷ A/64/17, par. 210 et 211.

¹⁸ A/64/17, par. 212.

c) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un conflit d'intérêts en violation des normes applicables¹⁹.

2. Le rejet de la soumission en application du présent article et ses raisons sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

1. À moins qu'elle ne la rejette conformément aux dispositions de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir.

2. L'entité adjudicatrice avise promptement tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été [examinée]²⁰ de son intention d'accepter la soumission à retenir. L'avis est envoyé individuellement²¹ et simultanément²² à chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs et contient, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, si nécessaire, un résumé des autres caractéristiques et avantages relatifs de la soumission à retenir, sous réserve que l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire aux lois, ferait obstacle à l'application des lois, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale²³ ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale^{24, 25}; et

c) La durée du délai d'attente, qui est au moins de [...] (nombre précis de jours à déterminer par l'État adoptant)]²⁶, et qui court à partir de la date

¹⁹ A/64/17, par. 214 à 222. Le Guide expliquera le mot "normes" employé dans les alinéas b) et c) et soulignera que ces normes évoluent au fil du temps. Il encouragera également le dialogue entre l'entité adjudicatrice et tout fournisseur ou entrepreneur concerné.

²⁰ Le mot "examiné" a remplacé le mot "évalué" utilisé dans les versions précédentes pour élargir la protection prévue dans les présentes dispositions aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été rejetée comme non conforme.

²¹ Le mot "individuellement" a été ajouté compte tenu des observations formulées au paragraphe 231 du document A/64/17.

²² Ce mot a été ajouté compte tenu des propositions tendant à l'insérer dans des dispositions similaires.

²³ Le Guide expliquera, en ce qui concerne la présente disposition, que les mots "nuirait à la concurrence loyale" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les passations ultérieures (A/CN.9/668, par. 131).

²⁴ Une référence à la sécurité nationale et à la défense nationale a été ajoutée conformément au paragraphe 225 du document A/64/17.

²⁵ S'agissant de ces dispositions, il a été estimé, à la quarante-deuxième session de la Commission, qu'il serait utile d'aborder les questions concernant le retour d'information aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue dans le Guide plutôt que dans les dispositions de la Loi type (A/64/17, par. 240).

²⁶ A/64/17, par. 237.

d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été examinée conformément au présent paragraphe²⁷.

[3. Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas aux marchés dont la valeur est inférieure à [...] ²⁸ ou lorsque l'entité adjudicatrice décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent de poursuivre la passation de marché sans délai d'attente. La décision de l'entité adjudicatrice concluant à l'existence de telles considérations et les raisons de cette décision sont consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et sont irréfragables à tous les stades de la procédure de recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, sauf au stade judiciaire.]²⁹

4. À l'expiration du délai d'attente, ou en l'absence de délai d'attente applicable, l'entité adjudicatrice expédie, rapidement après avoir déterminé la soumission à retenir, l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins que l'instance de recours ou un tribunal compétent n'en décide autrement.

5. À moins qu'un marché écrit et/ou l'approbation d'une autorité de tutelle ne soit (soient) exigé(s), un marché conforme aux conditions de la soumission à retenir entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant que la soumission est en cours de validité.

6. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de la soumission acceptée:

a) L'entité adjudicatrice (le ministère compétent) et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation lui a été expédié;

b) À moins que le dossier de sollicitation ne spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice (le ministère compétent). Entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice (le ministère compétent) ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

²⁷ A/64/17, par. 230. Le Guide expliquera, pour cette disposition, les aspects qui devraient être pris en considération pour fixer la durée minimale du délai d'attente dans la Loi, notamment l'impact que cette durée aurait sur les objectifs généraux de la Loi type révisée concernant la transparence, l'obligation de rendre compte, l'efficacité et le traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, et l'impact d'un long délai sur les coûts dont tiendraient compte les fournisseurs ou les entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer ou non à la procédure.

²⁸ Le Guide attirera l'attention des États adoptants sur l'opportunité d'aligner le seuil prévu dans la présente disposition sur les seuils fixés dans d'autres dispositions de la Loi type concernant les marchés de faible valeur, notamment ceux qui justifient le recours à la passation de marchés nationaux ou à la procédure de demande de prix.

²⁹ L'examen du paragraphe dans le contexte des accords-cadres a été remis à plus tard (A/64/17, par. 242 et 243).

7. Lorsque le dossier de sollicitation spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ou de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article [15] de la présente Loi.

[8. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas le marché écrit requis, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut abandonner la passation conformément à l'article 17-1 ou peut décider d'attribuer le marché à la soumission suivante encore valide dont elle détermine qu'il s'agit d'une soumission à retenir conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation. Dans ce dernier cas, les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à cette soumission³⁰.]

9. Les avis mentionnés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont promptement et dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par tout moyen fiable spécifié conformément à l'article [7] de la présente Loi.

10. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

[11. Les dispositions du présent article s'appliquent à la sélection de la ou des parties à un accord-cadre fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi[, ainsi qu'à l'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre [ouvert ou fermé conformément aux articles [...] de la présente Loi].]³¹

[Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, dans lequel elle indique le nom du fournisseur ou de l'entrepreneur

³⁰ A/64/17, par. 245 et 246.

³¹ L'examen de ce paragraphe a été remis à plus tard (A/64/17, par. 247). Les avis divergent à ce jour quant à savoir s'il est souhaitable de prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution des marchés en vertu d'un accord-cadre (A/CN.9/668, par. 141 à 144). Une solution pourrait consister à prévoir un délai d'attente bref, qui permettrait de répondre aux craintes exprimées concernant la rapidité requise pour attribuer des marchés au titre d'un accord-cadre et qui, compte tenu des difficultés plus limitées que pourrait poser l'attribution de tels marchés, laisserait aussi suffisamment de temps aux fournisseurs. Ce délai pourrait être extrêmement bref dans les accords-cadres électroniques.

auquel le marché a été attribué ou, dans le cas de l'accord-cadre, le nom du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) l'accord-cadre a été conclu.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable:

a) Aux marchés dont la valeur est inférieure à [...] (l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des marchés);

b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, de manière à protéger ces informations, si l'entité adjudicatrice en décide ainsi³².

3. L'entité adjudicatrice publie des avis [trimestriels] [périodiques] d'attribution de tous les marchés mentionnés au paragraphe 2 a) du présent article³³.

4. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent indiquer les modalités de publication des avis requis aux paragraphes 1 et 3 du présent article.]

[Article 22. Confidentialité

1. Sans préjudice des articles 20-2, 21, 23 et 36 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice traite les demandes de préqualification et les soumissions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition [ou à toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations]³⁴.

2. Les discussions, communications, négociations et dialogues ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur conformément aux articles du chapitre V de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la loi l'exige ou [l'instance de recours ou un tribunal compétent]³⁵ l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise, aucune partie aux discussions, communications, négociations ou dialogues ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant ces discussions, communications, négociations ou dialogues sans le consentement de l'autre partie³⁶.

³² Ces dispositions ont été ajoutées pour prévoir des exceptions à l'information du public dans la passation des marchés mettant en jeu des informations classifiées, lorsque cela est nécessaire pour protéger ces informations (A/64/17, par. 265).

³³ Suite aux consultations avec les experts, il a été proposé d'étendre les dispositions sur la publication périodique des avis d'attribution à tous les marchés de faible valeur. Dans la version précédente, les dispositions ne s'appliquaient qu'aux marchés attribués au titre d'un accord-cadre ouvert.

³⁴ A/64/17, par. 248 et 249. Il est proposé d'ajouter les mots "toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations" suite aux consultations du Secrétariat avec les experts. Cet ajout est conforme aux dispositions similaires prévues à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (article 37-8 du présent projet de texte). Le Guide expliquerait que ces mots renvoient à tout tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de tutelle, de recours ou autre instance compétente autorisée à accéder aux informations en question conformément aux règles de droit applicables de l'État adoptant.

³⁵ À examiner conjointement avec l'article 23-4.

³⁶ A/64/17, par. 250 à 252.

3. Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, l'entité adjudicatrice peut imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger ces informations et peut leur demander de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent ces exigences³⁷.]

[Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché³⁸

1. L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation de marché qui comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou des entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu et le prix de ce dernier (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel l'accord-cadre est conclu)³⁹;

c) Un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour décider des moyens de communication et de toute condition de forme;

d) En cas de passation d'un marché national, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour recourir à ce type de passation;

e) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation autre que l'appel d'offres, l'exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à cette autre méthode;

[f) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché prévue au chapitre V, l'exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à cette méthode particulière;]⁴⁰

g) Si l'entité adjudicatrice utilise une enchère électronique inversée, l'exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour avoir recours à cette méthode, ainsi que des informations concernant la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère, et les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le rejet des offres soumises au cours de l'enchère⁴¹;

h) Si elle a décidé d'abandonner la passation de marché⁴² conformément à l'article [17] de la présente Loi, une déclaration à cet effet et les raisons et

³⁷ A/64/17, par. 248 et 253 à 266.

³⁸ L'article a été fortement modifié dans son ensemble pour tenir compte des propositions formulées à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 267 à 280) et des consultations du Secrétariat avec les experts. Le titre de l'article a été modifié à la lumière du nouveau paragraphe 5 proposé.

³⁹ A/64/17, par. 267 a).

⁴⁰ Reproduit l'article 11-1 j) de la Loi type de 1994. À examiner conjointement avec le chapitre V. A/64/17, par. 267 e).

⁴¹ A/64/17, par. 267 d).

⁴² A/64/17, par. 267 c).

circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre cette décision;

i) Si une procédure de passation de marché reposant sur des méthodes autres que l'appel d'offres n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée à cet effet;

[j) Si une demande de manifestation d'intérêt a été publiée conformément aux articles [renvois aux articles régissant la procédure de demande de propositions], un résumé de chaque manifestation d'intérêt reçue par l'entité adjudicatrice et la décision qu'elle a prise quant à chacune d'entre elles]⁴³;

k) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de préqualification, le cas échéant, ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de préqualification ou du dossier de sollicitation;

l) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont soumis des demandes de préqualification, le cas échéant, ou qui ont présenté des soumissions;

m) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que du marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, un résumé des principales conditions de l'accord-cadre)⁴⁴;

n) Un résumé de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article 11-2 b);

o) Si des facteurs socioéconomiques ont été pris en considération dans la procédure de passation de marché, des renseignements sur ces facteurs et la manière dont ils ont été appliqués⁴⁵;

p) Les renseignements requis par les articles [18 et 19], si une soumission a été rejetée en application de ces dispositions;

q) Si aucun délai d'attente n'a été appliqué, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour ne pas appliquer de délai d'attente conformément à l'article 20-3;

[r) Si la procédure de passation de marché fait l'objet d'un recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, un résumé de la réclamation, de la procédure de recours et de la décision prise à chaque stade de la procédure de recours s'il y en a plusieurs]⁴⁶;

[s) Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre des mesures et imposer des prescriptions aux

⁴³ Ajout proposé suite aux consultations du Secrétariat avec les experts.

⁴⁴ Modifications proposées à la lumière des dispositions sur les accords-cadres.

⁴⁵ Ajout apporté conformément au document A/64/17, par. 165 et 267 d).

⁴⁶ Ajout proposé suite aux consultations du Secrétariat avec les experts.

fins de protéger ces informations, y compris toutes exceptions à l'application des dispositions de la présente Loi exigeant l'information du public;]⁴⁷

t) [Ajouter les autres renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi (par exemple, le recours à la sollicitation directe lorsque l'entité a le choix entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe (article 11-1 k) de la Loi type de 1994)]⁴⁸.

2. Sous réserve des dispositions de l'article [36-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [a) à f)]⁴⁹ du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre).

3. Sous réserve des dispositions de l'article [36-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [g) à p)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui ont présenté une soumission, ou une demande de préqualification, après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre). [L'instance de recours ou un tribunal compétent]⁵⁰ peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas [k) à n)] soit faite plus tôt.

4. Sauf injonction [d'un tribunal compétent] [d'une autorité compétente] [d'un tribunal compétent ou d'une autorité compétente] [d'un tribunal compétent ou d'une instance administrative mentionnée à l'article 63 de la présente Loi] [d'un tribunal compétent et/ou d'une autorité compétente ou d'une instance administrative]⁵¹, et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information du procès-verbal de la procédure de passation de marchés⁵² dont la divulgation serait contraire aux lois, ferait obstacle à l'application des lois, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale⁵³ ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale;

⁴⁷ Ajout proposé suite aux consultations du Secrétariat avec les experts et conformément au paragraphe 136 du document A/64/17.

⁴⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être inclure une autre disposition spécifique, concernant par exemple les accords-cadres s'il décide que les contraintes technologiques peuvent limiter le nombre de fournisseurs susceptibles d'être admis à un accord-cadre ouvert. En outre, d'autres informations ne figurant pas dans la Loi type de 1994 peuvent être ajoutées. Voir à cet égard les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sect. H.

⁴⁹ Il a été proposé d'étendre les informations du procès-verbal pouvant être divulguées au public suite aux consultations du Secrétariat avec les experts.

⁵⁰ À examiner en conjonction avec le paragraphe 4 du présent article (A/64/17, par. 274).

⁵¹ A/64/17, par. 269 à 274.

⁵² A/64/17, par. 275.

⁵³ Le Guide expliquera, pour cette disposition, que les mots "nuirait à la concurrence loyale" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les

b) Aucune information relative à l'examen, à l'évaluation et à la comparaison des soumissions, ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé mentionné au paragraphe [1 n)] du présent article.

5. L'entité adjudicatrice enregistre, archive et conserve tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément aux règlements en matière de passation des marchés et aux dispositions de toute autre loi applicable⁵⁴.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 24. Méthodes de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice peut, dans les conditions énoncées aux articles 25 à 27, passer un marché en recourant aux méthodes suivantes:

- a) Appel d'offres ouvert;
- b) Appel d'offres restreint;
- c) Demande de prix;
- d) [Demande de propositions sans négociation];
- e) Appel d'offres en deux étapes;
- f) Demande de propositions avec dialogue;
- g) Demande de propositions avec négociations consécutives;
- h) Négociation avec appel à la concurrence.

2. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à une enchère électronique inversée dans les conditions énoncées à l'article 28.

3. L'entité adjudicatrice peut avoir exceptionnellement recours à la sollicitation d'une source unique dans les conditions énoncées à l'article 29.

4. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre VII lorsqu'elle engage une procédure de sollicitation ouverte⁵⁵.

passations ultérieures (A/CN.9/668, par. 131).

⁵⁴ Le présent paragraphe a été ajouté conformément à une proposition formulée par les experts que le Secrétariat a consultés, et s'inspire d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3). Le Guide pourrait expliquer, en ce qui concerne cet article, la nécessité de préserver les documents et renvoyer aux règles applicables à leur enregistrement et archivage. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec les dossiers de la passation d'un marché particulier, il peut inclure ces éléments dans les règlements.

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. Sauf disposition contraire de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.
2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert uniquement en conformité avec les articles 26 à 29. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible.
3. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle inclut dans le procès-verbal requis à l'article [23] un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

1. L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, avoir recours à l'appel d'offres restreint, à la demande de prix et à la demande de propositions sans négociation lorsqu'il est possible de fournir [une description détaillée de l'objet du marché]⁵⁶, mais que l'utilisation de l'appel d'offres ouvert ne conviendrait pas pour les raisons énoncées aux paragraphes 2 à 4 du présent article.
2. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 39 lorsque:
 - a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou
 - b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché,

⁵⁵ À sa quinzième session, le Groupe de travail a décidé de ne pas mentionner les accords-cadres dans la version précédente des dispositions relatives au choix de la méthode de passation, au motif qu'un accord-cadre n'est pas une méthode de passation (A/CN.9/668, par. 68). Il voudra donc peut-être examiner si les conditions d'utilisation des accords-cadres devraient figurer dans le présent chapitre II (le titre du présent article devant être modifié en conséquence), ou ailleurs dans la Loi type, afin de tenir compte de la décision qu'il a prise précédemment selon laquelle un accord-cadre ne devrait être utilisé qu'en conjonction avec une sollicitation ouverte.

⁵⁶ Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la référence à "une description détaillée de l'objet du marché" est suffisamment souple pour englober les spécifications concernant la performance/le fonctionnement. Le Guide peut donner des explications pertinentes, notamment en indiquant que cette référence n'exclut pas les spécifications en question qui, dans la pratique, pourraient également être formulées de manière détaillée.

à condition qu'elle choisisse cette méthode pour aboutir à un maximum [d'efficacité économique] [d'économie et d'efficacité]⁵⁷ dans la passation concernée.

3. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à la demande de prix conformément à l'article 40 pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

4. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article 41, avoir recours à la demande de propositions sans négociation, dans laquelle elle examinera les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix]⁵⁸ des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques de la proposition.

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives et négociations avec appel à la concurrence)⁵⁹

1. L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 42, à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 43 ou à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article 44, dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler une description suffisamment complète de l'objet du marché conformément à l'article [11] et recourt à la méthode concernée afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

⁵⁷ Les experts que le Secrétariat a consultés ont proposé d'utiliser les termes "économie et efficacité" dans l'ensemble du texte pour assurer la cohérence avec le préambule (où ces termes sont utilisés) et parce que les deux termes ne sont pas synonymes.

⁵⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner lequel des termes proposés est le plus approprié dans ce contexte. La Loi type de 1994 ne mentionne à cet égard que le "prix". Il a été proposé d'examiner la question conjointement avec l'article 41 du présent projet.

⁵⁹ Le présent projet met les négociations avec appel à la concurrence sur le même pied que l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue. Cette approche a été adoptée pour refléter le texte de 1994. Toutefois, comme l'ont signalé les experts consultés par le Secrétariat, les règles de transparence et le degré de souplesse qui caractérisent l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue font défaut dans les négociations avec appel à la concurrence. Ces dernières, du fait qu'elles sont soumises à des règles souples pour l'essentiel, peuvent être envisagées en lieu et place de la sollicitation d'une source unique. Les États adoptants peuvent être invités à examiner si la négociation avec appel à la concurrence devrait être adoptée pour d'autres raisons que celles énoncées aux paragraphes 1 c) et 2 en fonction de savoir s'ils adoptent ou non tout ou partie des méthodes de passation du chapitre V. Si le Groupe de travail souscrit au raisonnement des experts, il jugera peut-être plus opportun d'inclure les conditions d'utilisation à l'article 29, en y apportant les changements nécessaires.

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) En cas de passation de marché intéressant la défense ou la sécurité nationales, l'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché⁶⁰; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été soumise ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché conformément à l'article [17, 19 ou 37-3]⁶¹, et l'entité juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV aboutisse à la conclusion d'un marché.

2. L'entité adjudicatrice peut avoir recours aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article 45 de la présente Loi, dans les circonstances énoncées aux alinéas b) à d) du paragraphe 1 du présent article⁶², et [(sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)]⁶³ lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure de l'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine du besoin urgent et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part⁶⁴.

Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

L'entité adjudicatrice peut recourir à une enchère électronique inversée pour passer un marché ou peut y recourir dans d'autres méthodes de passation, dans les cas

⁶⁰ Modifié pour tenir compte du champ d'application élargi de la Loi type et des révisions qu'il a été convenu d'apporter aux dispositions similaires applicables dans le cadre de la procédure de sollicitation d'une source unique.

⁶¹ Correspond aux renvois, figurant dans l'article 19-1 d) de la Loi type de 1994, aux articles 12, 15 et 34-3 de ce texte.

⁶² Le Guide examinerait le chevauchement entre cette méthode et d'autres méthodes de passation (celles de la section I du chapitre V et la procédure de sollicitation d'une source unique) et inviterait les États adoptants à examiner si les procédures plus transparentes de l'appel d'offres en deux étapes et de la demande de propositions pourraient être adoptées au lieu de la négociation avec appel à la concurrence dans les situations visées aux alinéas a) et c) du paragraphe 1 et si la négociation avec appel à la concurrence est généralement préférable à la sollicitation d'une source unique dans les situations énoncées aux paragraphes 1 b) et 2. Partant, les États adoptants pourraient choisir de ne pas adopter les alinéas a) et c) du paragraphe 1.

⁶³ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver ce membre de phrase, compte tenu de la décision prise à sa quinzième session de supprimer la disposition exigeant l'approbation d'une autorité supérieure dans des cas semblables. À cette session, il a décidé d'examiner si cette exigence devrait être imposée au cas par cas (A/CN.9/668, par. 122).

⁶⁴ Fondé sur l'article 19-2 de la Loi type de 1994, qui a été modifié pour tenir compte des révisions qu'il a été convenu d'apporter, lors de la quinzième session du Groupe de travail, aux dispositions similaires applicables dans le cadre de la procédure de sollicitation d'une source unique (A/CN.9/668, par. 56).

appropriés, pour déterminer la soumission à retenir, conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi et dans les conditions suivantes:

- a) Lorsqu'il lui est possible de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché;
- b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une véritable concurrence soit assurée; et
- c) Lorsque les critères qu'elle utilisera pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.

Article 29. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique

L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article 46 de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

- a) L'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;
- b) L'objet du marché est nécessaire d'urgence et, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que les circonstances qui sont à l'origine du besoin urgent n'aient pu être prévues par l'entité adjudicatrice et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part⁶⁵;
- c) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la

⁶⁵ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager des alternatives à la procédure de sollicitation d'une source unique en cas d'urgence. À l'heure actuelle, la Loi type prévoit une seule alternative, à savoir la négociation avec appel à la concurrence (voir article 19-2 de la Loi type de 1994 et l'article 27-2 du présent projet). Certains des experts que le Secrétariat a consultés ont proposé que, dans les situations d'urgence qui ne résultent pas d'un événement catastrophique (art. 19-2 a) de la Loi type de 1994), l'entité adjudicatrice puisse recourir à une méthode de passation qui ne prévoit pas de négociations, telle que l'appel d'offres restreint ou la demande de prix. Si cette autre alternative est envisagée, le Groupe de travail voudra peut-être alors donner des orientations sur les circonstances qui justifieraient le recours à la procédure de négociation avec appel à la concurrence par opposition à une méthode de passation sans négociations, telle que l'appel d'offres restreint, dans les situations d'urgence. Il devrait également être noté à cet égard qu'en raison des modifications apportées aux dispositions relatives à la sollicitation d'une source unique (et aux changements apportés en conséquence à l'article 27-2 du présent projet), plus aucune distinction n'est faite entre l'urgence et l'urgence en cas de catastrophe.

mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) En cas de passation de marché pour des motifs essentiels de défense ou de sécurité nationales ou à des fins essentielles de défense nationale⁶⁶, l'entité adjudicatrice considère qu'aucune autre méthode de passation ne convient;

e) Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique du présent État énoncée dans les règlements en matière de passation des marchés, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

⁶⁶ A/64/17, par. 119.

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.3 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre III (Appel d'offres ouvert), comprenant les articles 30 à 38, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT**SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES****Article 30. Procédures de sollicitation des offres¹**

1. Sous réserve de l'article 16², l'entité adjudicatrice sollicite des offres en recourant à la sollicitation ouverte.

Article 31. Teneur de l'invitation à soumettre une offre³

L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) La nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ou une combinaison appropriée de ces éléments;
- c) Le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services, ou une combinaison appropriée de ces éléments;

¹ Le projet d'article, qui se fonde sur l'article 24 de la Loi type de 1994, a été modifié suite à l'introduction de la définition du terme "sollicitation ouverte" à l'article 2.

² Il est renvoyé à l'article 16 pour indiquer clairement que l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de préqualification. Un renvoi similaire sera, si nécessaire, inséré dans d'autres méthodes de passation de marchés. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une référence expresse à la procédure de préqualification faciliterait la lecture.

³ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 25-1 de la Loi type de 1994, en modifiant l'alinéa j) (A/CN.9/668, par. 161 et 162).

- d) Les critères et procédures qui seront utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [9-2];
- e) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
- f) Les moyens, le mode et [les modalités] d'obtention du dossier de sollicitation⁴;
- g) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- h) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]⁵ la monnaie et les modalités de paiement du dossier de sollicitation;
- i) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]⁶ la ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;
- j) Le mode, [les modalités] et le délai de présentation des offres⁷.

Article 32. Communication du dossier de sollicitation⁸

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux procédures et conditions spécifiées dans l'invitation à soumettre une offre. Si une procédure de préqualification a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui est préqualifié et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 33. Teneur du dossier de sollicitation⁹

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Des instructions pour l'établissement des offres;
- b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article [9], relatifs à l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou

⁴ Cet alinéa a été modifié de manière à être techniquement neutre.

⁵ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le présent projet de loi type révisée. Les experts que le Secrétariat a consultés ont estimé qu'il serait souhaitable de revoir certaines des exceptions permises à l'article 23 de la Loi type de 1994 en cas de passation de marchés nationaux.

⁶ Id.

⁷ Cet alinéa a été modifié de manière à être techniquement neutre.

⁸ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 26 de la Loi type de 1994, en le modifiant en conséquence (A/CN.9/668, par. 163 et 164).

⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 27 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 166).

entrepreneurs et à la confirmation des qualifications en application de l'article [37-6];

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [10]; la quantité de biens qui sera commandée¹⁰ et/ou de services à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

e) Des informations relatives aux critères et à la procédure d'examen des offres;

f) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

g) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées et comparées;

h) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

i) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

j) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]¹¹ la ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

k) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]¹² la ou les langues, conformément à l'article [13], dans lesquelles les offres doivent être établies;

l) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs présentant des offres conformément à l'article 15, et toute stipulation concernant toute garantie de

¹⁰ Modification proposée par un comité de rédaction informel en juillet 2009 qui se composait des pays suivants: Allemagne, Angola, Autriche, États-Unis d'Amérique, France, Maroc, Nigéria, République tchèque, Royaume-Uni, Sénégal et Turquie.

¹¹ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le présent projet de loi type révisée. Les experts que le Secrétariat a consultés ont estimé qu'il serait souhaitable de revoir certaines des exceptions permises à l'article 23 de la Loi type de 1994 en cas de passation de marchés nationaux.

¹² Id.

bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux;

m) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

n) Le mode[, les modalités] et le délai de présentation des offres, conformément à l'article [34]¹³;

o) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [14], les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

p) La période de validité des offres, conformément à l'article [35];

q) Le mode[, les modalités], la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article [36]¹⁴;

r) Des informations sur les critères et la procédure d'évaluation des offres;

s) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]¹⁵ la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des offres en application de l'article [37-5], et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché[, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées]¹⁶;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

¹³ Le Groupe de travail voudra peut-être ajouter l'exigence d'un délai raisonnable pour permettre aux fournisseurs de préparer leur offre, comme il l'a fait dans le contexte des accords-cadres. Une proposition de texte figure dans le projet d'article révisé 34-1, mais il voudra peut-être aussi y faire référence dans le présent article.

¹⁴ Cet alinéa a été modifié de manière à être techniquement neutre et conforme aux dispositions similaires de la Loi type.

¹⁵ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le présent projet de loi type révisée. Les experts que le Secrétariat a consultés ont estimé qu'il serait souhaitable de revoir certaines des exceptions permises à l'article 23 de la Loi type de 1994 en cas de passation de marchés nationaux.

¹⁶ Modification proposée par le comité de rédaction informel en juillet 2009.

v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché, par exemple un engagement portant sur [les facteurs socioéconomiques]¹⁷;

w) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours [pour non-respect des dispositions de la présente Loi]¹⁸ [ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application]¹⁹;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois que l'offre à retenir a été acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 34. Présentation des offres²⁰

1. Sans préjudice des paragraphes 2 à 5 du présent article, l'entité adjudicatrice fixe dans l'invitation à soumettre une offre, en application de l'article 31 j), et dans le dossier de sollicitation, en application de l'article 33 n), le mode[, les modalités] et la date limite de présentation des offres. Cette dernière consiste en une date et heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leur offre, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice²¹.

2. Si, conformément à l'article [14], elle publie une clarification ou une modification du dossier de sollicitation, ou si une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs a lieu, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de présentation des offres, reporte si nécessaire cette date afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur offre de la clarification ou de la modification, ou du procès-verbal de la réunion.

3. L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de présentation des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur

¹⁷ Id.

¹⁸ Modification apportée pour tenir compte de la révision de l'article 61.

¹⁹ Ajout conformément aux paragraphes 235 et 237 du document A/64/17.

²⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 30 de la Loi type de 1994, avec les changements apportés au paragraphe 1 (A/CN.9/668, par. 171).

²¹ Les dispositions de ce paragraphe ont été modifiées de manière à être techniquement neutres et à assurer une certaine cohérence dans la Loi type.

volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de présenter leur offre d'ici là.

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

5²². a) Les offres sont présentées par écrit et sont signées, et:

i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui assurent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue²³;

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que leur contenu ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi.

6. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres n'est pas ouverte et est renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

Article 35. Période de validité des offres; modification et retrait des offres²⁴

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. [Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité [initiale]²⁵];

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la

²² Le libellé du paragraphe 5 du présent article est reproduit tel qu'il a été approuvé, à titre préliminaire, par le Groupe de travail à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 28).

²³ À sa quinzième session, le Groupe de travail a accepté la proposition tendant à ce que le Guide, dans le contexte de cet alinéa, examine la nature du reçu devant être délivré et indique que la certification de la réception par l'entité aurait un caractère irréfragable (A/CN.9/668, par. 173).

²⁴ À sa quinzième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen du projet d'article, fondé sur l'article 31 de la Loi type de 1994, compte tenu des divergences de vues concernant la proposition tendant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 a) (A/CN.9/668, par. 175 et 176). Pour ce qui est de l'historique des dispositions, voir le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section G.

²⁵ Modification proposée par le comité de rédaction informel en juillet 2009.

garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de présentation des offres.

SECTION III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES

Article 36. Ouverture des offres²⁶

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres, ou à la date indiquée en cas de report de la date limite initiale, selon le mode[, les modalités] et les procédures spécifiés dans le dossier²⁷.

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres requis à l'article [23]²⁸.

²⁶ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, fondé sur l'article 33 de la Loi type de 1994 et sur le texte du paragraphe 2 qu'il avait approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (voir A/CN.9/640, par. 38) sans modification (A/CN.9/668, par. 177). Il a été convenu de préciser dans le Guide que les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (date, lieu, le cas échéant, et autres facteurs) devraient permettre la présence des fournisseurs ou des entrepreneurs (A/CN.9/668, par. 178). Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 que le Guide donne également des précisions sur la présence "présumée" ou "virtuelle" des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des offres.

²⁷ Ce paragraphe a été modifié de manière à être techniquement neutre et conforme aux dispositions similaires de la Loi type.

²⁸ Le Groupe de travail se souviendra peut-être que les dispositions de l'article 23-1 b) prévoient que des éléments d'information équivalents sur tous ceux qui ont soumis des offres sont consignés au procès-verbal et vaudra peut-être insérer une note dans le Guide pour expliquer que toutes les offres reçues après la date limite seront renvoyées sans avoir été ouvertes, mais que leur soumission (tardive) sera consignée au procès-verbal.

Article 37. Examen, évaluation et comparaison des offres²⁹

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou un entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre, afin d'en faciliter l'examen, 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;

b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice [exige que les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des offres soient corrigées par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté l'offre]³⁰.

2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice [considère]³¹ une offre comme étant conforme [uniquement]³² si elle satisfait [à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi] [aux conditions pertinentes énoncées dans le dossier de sollicitation] [à la description de l'objet du marché et aux conditions du marché ou de l'accord cadre [énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi]]³³;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du

²⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté l'examen du présent article, qui est fondé sur l'article 34 de la Loi type de 1994, en raison des avis divergents exprimés au sujet des propositions rédactionnelles y relatives (A/CN.9/668, par. 180 et 181). Comme l'a demandé le Groupe de travail, les propositions rédactionnelles ont été placées entre crochets dans le projet d'article pour qu'il les examine à un stade ultérieur. Le Secrétariat a également été prié de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (ibid.). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.A et B.

³⁰ Modification proposée par le comité de rédaction informel en juillet 2009.

³¹ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer les mots "peut considérer" qui figurent dans le texte de 1994 par "considère", pour s'assurer que la conformité des offres est évaluée objectivement. Il jugera peut-être que l'emploi des mots "peut considérer" dans ce contexte risque d'introduire un degré de subjectivité imprévu et indésirable, et donne une description de ce que pourrait être une offre conforme, plutôt qu'une définition de ce qu'elle est. Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 de conserver le mot "considère".

³² Le Groupe de travail estimera peut-être que le mot "uniquement" est superflu si le mot "considère" est retenu dans la disposition; à ce sujet, voir la note ci-dessus. Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 de conserver le mot "uniquement".

³³ À sa quinzième session, le Groupe de travail a reporté l'examen de ces variantes entre crochets et a prié le Secrétariat de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 a) et 181). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.A. Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 de retenir la première variante.

possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation et de la comparaison des offres³⁴.

3. L'entité adjudicatrice rejette une offre:

- a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'a pas les qualifications requises;
- b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée ne [corrige pas une erreur arithmétique en application du paragraphe 1 b) du présent article]³⁵;
- c) Si l'offre n'est pas conforme;
- d) Dans les circonstances visées aux articles [18 et 19].

4. a) L'entité adjudicatrice évalue et compare les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère qui ne figure pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est:

- i) [Lorsque le prix est le seul critère d'attribution,]³⁶ l'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'article [11]; ou
- ii) [Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères,]³⁷ si l'entité adjudicatrice l'a stipulé dans le dossier de sollicitation, [l'offre la plus basse selon l'évaluation]³⁸ effectuée sur la base des critères et procédures

³⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'évaluation de la conformité est une étape qui devrait être réglementée dans certaines ou dans toutes les autres méthodes de passation. À la quinzième session, il a été proposé d'insérer, au paragraphe 3 c) de cet article, un renvoi au projet d'article 10 révisé (A/CN.9/668, par. 179 b)). La portée actuelle du projet d'article 10 révisé ne permet pas d'insérer un renvoi approprié, étant donné qu'il mentionne la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre et non l'évaluation de la conformité.

³⁵ Le libellé de cette disposition a été modifié conformément aux changements que le comité de rédaction informel a proposé d'apporter en juillet 2009 au paragraphe 1 b) du présent article.

³⁶ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner à un stade ultérieur la proposition d'ajouter ces mots au début de l'alinéa et a prié le Secrétariat de retrouver l'historique des dispositions concernées, d'étudier la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et de faire part de ses conclusions lorsque les dispositions seraient examinées (A/CN.9/668, par. 180 d) et 181). Il est rendu compte du résultat de ces travaux dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B.2. Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 de retenir ces mots.

³⁷ Ibid.

³⁸ Aucun consensus ne s'est dégagé à ce jour sur la question de savoir si ce terme devait être maintenu dans la Loi type révisée et, s'il n'était pas maintenu, par quel autre terme il devrait être remplacé (A/64/17, par. 169 à 174). Les autres termes envisagés à ce jour sont "meilleure offre selon l'évaluation" ou "offre la plus avantageuse/économique". Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 180 c), 181 et 220), le Secrétariat a retrouvé l'historique des dispositions concernées, étudié la façon dont des questions similaires étaient traitées dans les instruments internationaux applicables et a fait part de ses conclusions dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68, section II.B.1. Le comité de rédaction informel a proposé en juillet 2009 de conserver le terme "offre la plus basse selon l'évaluation". Certains

d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [11].

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la même monnaie, conformément au taux spécifié dans le dossier de sollicitation en application de l'article [33 s)], aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres.
6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16], l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9]. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de préqualification a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.
7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes en cours de validité, étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article [17-1], d'abandonner la passation de marché.
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 aucune autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres ou au choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions des articles [20 et 23].

Article 38. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs³⁹

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre qu'il a présentée.

experts que le Secrétariat a consultés se sont également déclarés favorables au maintien de ce terme dans tous les types de procédures d'appel d'offres (l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres restreint et l'appel d'offres en deux étapes).

³⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 35 de la Loi type de 1994, sans modification (A/CN.9/668, par. 182).

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre IV [Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)], qui comprend les articles 39 à 41, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE IV. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS NE REPOSANT PAS SUR DES NÉGOCIATIONS (APPEL D'OFFRES RESTREINT, DEMANDE DE PRIX ET DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION)**Article 39. Appel d'offres restreint¹**

1. a) Lorsqu'elle lance un appel d'offres restreint au motif que l'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsqu'elle lance un appel d'offres restreint au motif que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, l'entité adjudicatrice sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

¹ Le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3 contient toutes les options que le Groupe de travail a examinées à ce jour pour cet article. Le présent document ne contient qu'une seule option, qui se fonde sur les consultations menées par le Secrétariat avec les experts, sur le projet présenté à ce dernier en juillet 2009 par le comité de rédaction informel (composé des pays suivants: Allemagne, Angola, Autriche, États-Unis d'Amérique, France, Maroc, Nigéria, République tchèque, Royaume-Uni, Sénégal et Turquie), et sur les dispositions relatives aux conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncées à l'article 26 du chapitre II du présent projet.

2. [Lorsqu'elle a l'intention de recourir à un appel d'offres restreint conformément au paragraphe 1 b) du présent article,] l'entité adjudicatrice [engage] [peut engager] une procédure de présélection. L'article 16 de la présente Loi s'applique à cette procédure. Toutefois:

a) L'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection mentionnent, outre les renseignements énumérés aux paragraphes 3 et 5 de l'article 16:

i) L'intention de l'entité adjudicatrice, une fois la procédure de présélection terminée, de solliciter des offres d'un nombre limité seulement de fournisseurs ou d'entrepreneurs préqualifiés qui répondent le mieux aux critères de préqualification;

ii) Le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs préqualifiés auprès desquels des offres seront sollicitées, ceux-ci devant être au moins [cinq]; et

iii) La manière dont ce nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs seront sélectionnés, conformément au paragraphe 2 b) ci-après;

b) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de préqualification en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et sélectionne ceux qui seront invités à présenter des offres une fois la procédure de présélection terminée. En procédant à cette sélection, elle applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection. [Elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable]²;

c) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été sélectionné et communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés[, à moins qu'elle décide de ne pas divulguer ces renseignements, afin de protéger des informations classifiées lors d'une passation de marché mettant en jeu de telles informations]³. Elle communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non sélectionnés qui en font la demande le motif de leur non-sélection.

3. L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'appel d'offres restreint dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). L'avis contient, au minimum, les renseignements énumérés à l'article 31 de la présente Loi.

² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette dernière phrase est superflue compte tenu des garanties procédurales déjà prévues dans les dispositions qui précèdent au paragraphe 2 du présent article et des principes généraux posés en la matière dans d'autres dispositions de la Loi type. Cette phrase répète également le paragraphe 1 b) du présent article.

³ Ces mots ont été ajoutés pour tenir compte des instructions données au Secrétariat à la quarante-deuxième session de la Commission. Celui-ci a été en effet chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles, afin que le Groupe de travail les examine, qui prendraient en considération les marchés sensibles, en envisageant en particulier des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées dans ce type de marché (A/64/17, par. 264 et 265).

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer la mesure prévue au paragraphe 3 du présent article en cas de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées afin de protéger lesdites informations. Elle indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché requis à l'article [23] de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision de ne pas publier d'avis d'appel d'offres restreint⁴.
5. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés à soumettre leur offre. Lorsque le dossier de sollicitation n'est pas rendu public à compter de la date de publication de l'invitation à participer à la procédure de présélection, elle fait en sorte que le dossier soit communiqué en même temps à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés.
6. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux étapes suivantes de la procédure d'appel d'offres restreint.

Article 40. Demande de prix⁵

1. L'entité adjudicatrice demande des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.
2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet d'un prix qu'il a donné.
3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice⁶.

⁴ Le paragraphe 4 a été ajouté pour tenir compte des instructions données au Secrétariat à la quarante-deuxième session de la Commission. Celui-ci a été chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles, afin que le Groupe de travail les examine ultérieurement, qui prendraient en considération les marchés sensibles, en envisageant en particulier des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées liées à ce type de marché (A/64/17, par. 264 et 265).

⁵ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article, qui se fonde sur l'article 50 de la Loi type de 1994, tel qu'il a été révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 202 à 208).

⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait exiger la publication d'un avis de demande de prix et, par conséquent, si le présent article devrait contenir des dispositions similaires à celles figurant aux paragraphes 3 et 4 de l'article 39 ci-dessus. La même question se pose dans tous les cas de sollicitation directe.

Article 41. Demande de propositions sans négociation⁷

1. Sous réserve de l'article 16, l'entité adjudicatrice sollicite des propositions en recourant à la sollicitation ouverte, à moins qu'elle ne décide que la sollicitation directe est nécessaire pour les raisons suivantes:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable; ou

c) La sollicitation directe est le seul moyen de protéger des informations classifiées lors d'une passation de marché mettant en jeu de telles informations, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable⁸.

2. La demande de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Une description de l'objet du marché, y compris les paramètres qualitatifs, techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer et le lieu où l'objet du marché doit être fourni;

b) Les critères et procédures pour l'ouverture, l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions, conformément aux articles 10 et 11, y compris toutes exigences minimales qu'établira l'entité adjudicatrice en ce qui concerne les aspects qualitatifs, techniques et commerciaux des propositions [et, le cas échéant, tout prix maximum,]⁹ et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

⁷ À sa quinzième session, le Groupe de travail, après avoir examiné s'il fallait conserver ces dispositions dans la Loi type révisée, a décidé de conserver le projet d'article, fondé sur l'article 42 de la Loi type de 1994, tout en reportant son examen à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 201). On a reformulé l'article proposé dans le présent document pour en préciser la portée et l'objet, en tenant compte des délibérations du Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 193 à 201) et des consultations tenues par le Secrétariat avec les experts. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure toutes les dispositions relatives à la demande de propositions dans les chapitres IV et V devraient être alignées, en particulier en ce qui concerne les exigences de transparence et le niveau de détail des règles régissant la procédure.

⁸ Fondé sur les dispositions de l'article 37-3 de la Loi type de 1994 et le paragraphe 265 du document A/64/17. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que, en règle générale, l'entité adjudicatrice doit être tenue de publier un avis de passation (similaire à celui requis au projet d'article 39-3 ci-dessus), même dans le cas d'une sollicitation directe, sauf si elle en décide autrement dans le cadre d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées pour protéger lesdites informations (projet d'article 39-4 ci-dessus).

⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette mention devrait être incluse pour tenir compte des marchés dotés d'un budget fixe. Voir également les discussions relatives à la passation de marchés portant sur des services consultatifs dans le document A/CN.9/

c) Les clauses et conditions du marché;

d) Des instructions priant les fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les aspects qualitatifs et techniques et l'autre les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix]¹⁰ de la proposition.

3. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] des propositions, l'entité adjudicatrice en évalue les aspects qualitatifs et techniques conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

4. Les résultats de l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions sont immédiatement consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

5. Les propositions dont les aspects qualitatifs et techniques ne répondent pas aux exigences minimales applicables sont considérées comme non conformes et sont rejetées pour ce motif. L'avis de rejet [et les raisons du rejet]¹¹, ainsi que l'enveloppe non ouverte contenant les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] de la proposition, sont promptement communiqués individuellement et simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

6. Les propositions dont les aspects qualitatifs et techniques répondent aux exigences minimales applicables, ou les dépassent, sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement et simultanément aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises la note attribuée aux aspects qualitatifs et techniques de leur proposition, telle que consignée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément au paragraphe 4 du présent article. Elle les invite à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] de leur proposition.

7. Il est donné lecture de la note attribuée aux aspects qualitatifs et techniques de chaque proposition conforme et des aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 6 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] des propositions.

8. L'entité adjudicatrice compare les aspects [commerciaux] [financiers] [relatifs au prix] des propositions [qui ne dépassent pas le prix maximum fixé le cas échéant]¹² et, sur cette base, elle identifie la proposition à retenir conformément aux

WG.I/WP.71.

¹⁰ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner laquelle de ces propositions est la plus appropriée dans ce contexte. La Loi type de 1994 mentionne uniquement le "prix".

¹¹ Les mots entre crochets ont trait à la question du retour d'information. Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'il n'a pas encore décidé comment traiter cette question dans le texte ou le Guide, et voudra peut-être par conséquent prendre cette décision avant de déterminer s'il souhaite conserver ces mots dans le texte, ou encourager une telle mesure dans le Guide. Voir également la discussion y relative dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H).

¹² Voir note 9 ci-dessus.

critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est:

- a) La proposition offrant le prix le plus bas; ou
- b) La proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix.

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre V (Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations: appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), qui comprend les articles 42 à 46, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans l'introduction et dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE V. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS REPOSANT SUR DES NÉGOCIATIONS**Section I: APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE ET DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES****Section II: NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE****1. Introduction**

1. À sa seizième session, le Groupe de travail I a prié le Secrétariat d'examiner une proposition relative au projet d'article 40 (dialogue compétitif) pour le chapitre IV et d'apporter les changements nécessaires pour aligner le texte sur le reste du projet de loi type révisée (A/CN.9/672, par. 13). La proposition, modifiée en conséquence, a été présentée à la Commission à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/XLII/CRP.2). Cette dernière a renvoyé la proposition, ainsi que d'autres questions en suspens dans le projet de loi type révisée, au Groupe de travail pour examen (A/64/17, par. 284) et s'est déclarée favorable à l'organisation de consultations informelles intersessions sur l'intégralité du texte (consultations auxquelles la représentation géographique et la participation devaient être aussi larges que possible (A/64/17, par. 281)).

2. Le texte de la proposition a été revu à la suite de ces consultations, dont les conclusions se reflètent dans le projet d'article 43 ci-dessous (demande de propositions avec dialogue). L'idée est que cette nouvelle méthode de passation remplacera la méthode envisagée à l'article 48 de la Loi type de 1994 (sollicitation de propositions). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les dispositions

relatives à la procédure de présélection prévue au projet d'article 43-3 ne correspondent pas à celles qui régissent la procédure de présélection prévue au projet d'article 39 (appel d'offres restreint), tel qu'il a été proposé par un comité de rédaction informel à la quarante-deuxième session de la Commission, en juillet 2009¹. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner si une seule procédure uniforme devrait s'appliquer aux deux méthodes et, dans l'affirmative, laquelle. Comme il a été noté à propos du projet d'article 41 (demande de propositions sans négociation), il voudra peut-être aussi examiner s'il est nécessaire d'aligner les règles régissant les diverses procédures de demande de propositions (avec et sans négociation/dialogue), en particulier en ce qui concerne les garanties procédurales visant à assurer la transparence.

3. Le maintien de l'appel d'offres en deux étapes (article 46 de la Loi type de 1994) en tant que méthode de passation distincte dans la Loi type révisée (A/CN.9/672, par. 48 et 66) ayant bénéficié d'un vif soutien au sein du Groupe de travail, un texte est proposé pour cette méthode au projet d'article 42.

4. Comme il a été proposé de conserver les négociations avec appel à la concurrence, telles qu'envisagées à l'article 49 de la Loi type de 1994, en tant que méthode de passation distincte dans la Loi type révisée (A/CN.9/672, par. 61), un texte est proposé pour cette méthode au projet d'article 45.

5. Face à la crainte exprimée que les négociations simultanées, prévues dans la Loi type de 1994 (article 43), ne conviennent pas pour certains types de services (A/CN.9/672, par. 67 et 123) et compte tenu des avis émis, pendant les consultations, selon lesquels une méthode serait nécessaire pour les services consultatifs ou non quantifiables, il est proposé de conserver la demande de propositions avec négociations consécutives, telle qu'envisagée à l'article 44 de la Loi type de 1994. Celle-ci fait l'objet du projet d'article 44.

6. À la seizième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé que la demande de propositions sans négociation devait aussi être maintenue dans la Loi type révisée en tant que méthode de passation distincte. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur ce point, et notamment sur la question de savoir si cette méthode de passation devrait figurer dans le chapitre IV, comme méthode se substituant à l'appel d'offres et ne comportant pas de négociations, plutôt que dans le chapitre V, consacré aux méthodes reposant sur des négociations (A/CN.9/672, par. 49). Le présent projet contient au chapitre IV (projet d'article 41) des dispositions relatives à la demande de propositions sans négociation, qui se fondent sur l'article 42 de la Loi type de 1994.

¹ Ce comité se composait des pays suivants: Allemagne, Angola, Autriche, États-Unis d'Amérique, France, Maroc, Nigéria, République tchèque, Royaume-Uni, Sénégal et Turquie.

Texte proposé pour le chapitre V de la Loi type

Section I

Article 42. Appel d'offres en deux étapes

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.
2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.
3. L'entité adjudicatrice engage, durant la première étape, avec [tous]² les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles [17, 18, 19 ou 37] [des négociations/un dialogue/des discussions]³ au sujet de tout aspect de leur offre.
4. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs [dont l'offre n'a pas été rejetée]⁴ à soumettre des offres définitives accompagnées de prix correspondant à une description unique de l'objet du marché. Lorsqu'elle formule cette description, elle peut supprimer ou modifier tout aspect, initialement prévu dans le dossier de sollicitation, des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché et tout critère initialement énoncé dans ce dossier pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour la détermination de l'offre à retenir, et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes à la présente Loi⁵. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée. Le fournisseur ou entrepreneur qui ne

² Les mots "tout fournisseur ou entrepreneur" figuraient dans la Loi type de 1994. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'apporter ce changement pour tenir compte des abus qui peuvent se produire durant la deuxième étape de la procédure si les négociations de la première étape sont menées avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou un petit nombre seulement de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui détermineraient en fait le contenu du dossier révisé de sollicitation et, au bout du compte, le choix du fournisseur à retenir.

³ Le Groupe de travail voudra peut-être décider comment il souhaite désigner l'interaction entre les parties. La Loi type de 1994 parlait de négociations dans ce contexte, mais cette interaction n'implique pas de négociations au sens classique du terme.

⁴ Les mots entre crochets ne doivent pas donner l'impression que les offres peuvent être rejetées après les négociations visées au paragraphe 3 du présent article. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de préciser ce point dans le texte ou dans le passage du Guide relatif à cette disposition.

⁵ Certains experts se sont dits préoccupés par la portée des changements autorisés dans cette disposition. Il a été proposé de fixer une limite, par exemple en exigeant que de tels changements n'entraînent aucune modification substantielle dans la passation du marché.

souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir. Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article [37-4 b)].

Article 43. Demande de propositions avec dialogue⁶

1. Sous réserve de l'article 16, l'entité adjudicatrice sollicite des propositions en recourant à la sollicitation ouverte, à moins qu'elle ne décide que la sollicitation directe est nécessaire pour les raisons énoncées à l'article 41-1 a) à c)⁷ de la présente Loi.

2. Avant [la publication de l'avis sollicitant la participation à la passation de marché ou, en cas de préqualification ou de présélection, avant la publication de l'invitation à soumettre une demande de préqualification ou à participer à la procédure de présélection, selon le cas] [l'envoi de la demande de propositions], l'entité adjudicatrice peut établir toute exigence minimale⁸ en ce qui concerne les aspects qualitatifs, techniques, financiers⁹ et commerciaux des propositions, y compris les paramètres techniques et autres auxquels la proposition doit se conformer, qu'elle appliquera pendant la procédure¹⁰.

⁶ Cette méthode de passation est possible pour tous les types de marchés, y compris les marchés de services consultatifs non quantifiables. Toutefois, l'attention du Groupe de travail est appelée sur la discussion dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71 concernant les caractéristiques particulières de la passation des marchés de services consultatifs. Le Groupe de travail est invité à examiner si une méthode de passation spécialement conçue pour ces marchés devrait figurer dans la Loi type révisée. Une autre solution serait d'expliquer dans le Guide que, pour ces marchés, les règlements pourraient prévoir des étapes ou dispositions supplémentaires. Par exemple, il n'est pas nécessaire que les propositions contiennent des éléments financiers ou mentionnent le prix lorsque le coût n'est pas un critère d'évaluation, ou n'est pas un critère d'évaluation important; les propositions pourraient être soumises dans deux enveloppes, l'une avec les aspects techniques et l'autre avec les aspects financiers, une étape supplémentaire pouvant prévoir l'ouverture publique des enveloppes, lors d'une ou de deux séances. S'agissant des critères d'évaluation dans ce type de marchés, le Guide pourrait expliquer que, pour les services consultatifs non quantifiables, les aspects à prendre en considération peuvent inclure: i) le coût, ii) l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, iii) la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, iv) les qualifications du personnel clef proposé, v) le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément important de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission, et vi) le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

⁷ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si tous les motifs énoncés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 du projet d'article 41 s'appliqueraient dans le contexte de cette méthode de passation, ou s'il faudrait uniquement mentionner les motifs énoncés aux alinéas a) et c), et non à l'alinéa b). Cette question devrait également être examinée en relation avec l'article 44-1, qui renvoie à l'article 43-1.

⁸ Ce terme est utilisé ici, tout comme il l'est en relation avec la description de l'objet du marché (article 10 du présent projet), pour éviter toute confusion avec la notion de seuils (financiers) pour les marchés de faible valeur.

⁹ Le Guide pour l'incorporation indiquerait que l'entité adjudicatrice peut choisir de solliciter des propositions initiales avec ou sans prix.

¹⁰ Ces exigences minimales doivent permettre à l'entité adjudicatrice de définir la base sur laquelle évaluer la conformité. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer à quel stade approprié

3. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. L'article 16 de la présente Loi s'applique à cette procédure. Toutefois:

a) L'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection mentionnent, outre les renseignements énumérés aux paragraphes 3 et 5 de l'article 16:

i) L'intention de l'entité adjudicatrice, une fois la procédure de présélection terminée, de solliciter des propositions d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

ii) Le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront ainsi sollicités, sous réserve qu'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs soient préqualifiés;

iii) La manière dont ce nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs seront sélectionnés, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 3 ci-après.

b) Les fournisseurs présélectionnés comprennent soit le nombre indiqué de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui répondent le mieux aux critères de préqualification, soit les fournisseurs ou entrepreneurs qui remplissent, ou dépassent, les exigences minimales relatives aux critères de préqualification définies par l'entité adjudicatrice¹¹. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés ne sont pas autorisés à participer à la suite de la procédure¹².

c) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés[, à moins qu'elle décide de ne pas divulguer ces renseignements afin de protéger des informations classifiées lors d'une passation de marché mettant en jeu de telles informations]¹³. Elle communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui en font la demande les raisons de leur non-présélection.

de la procédure ces exigences devraient être fixées, en mettant en balance, d'un côté, les avantages d'une certaine souplesse et marge d'appréciation, et la manière dont ces exigences peuvent aider à identifier les meilleures solutions, et de l'autre, le risque d'abus.

¹¹ Cette disposition implique que l'entité adjudicatrice pourrait relever les exigences en matière de préqualification au cours de la procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette souplesse risque d'entraîner des abus, de sorte que les exigences minimales devraient être définies dès le début (ce qui est le cas des exigences en matière de conformité prévues au paragraphe 2 du présent article). Dans ce cas, la situation serait traitée dans le dossier de présélection et n'aurait pas besoin d'être mentionnée ici. Si le Groupe de travail estime que l'entité adjudicatrice doit pouvoir relever les exigences au cours de la procédure, il voudra peut-être inclure des garanties de transparence, en prévoyant par exemple que l'avis doit indiquer que les exigences minimales peuvent être relevées si plus d'un nombre maximum défini de fournisseurs sont préqualifiés.

¹² Les deux modes de présélection ont été proposés par les experts au cours des consultations tenues avec le Secrétariat. Comme il est noté dans l'introduction au présent chapitre, les dispositions du présent paragraphe s'écartent de celles de l'alinéa b) du paragraphe 2 du projet d'article 39 relatif à l'appel d'offres restreint. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ces écarts se justifient.

¹³ Ce membre de phrase a été ajouté pour tenir compte des instructions données au Secrétariat à la quarante-deuxième session de la Commission. Celui-ci a en effet été chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles, afin que le Groupe de travail les examine, qui prendraient en considération les marchés sensibles, en envisageant en particulier des mesures spéciales pour la

4. L'avis sollicitant la participation à la passation de marché doit comporter, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;
- c) Les étapes prévues de la procédure;
- d) Les exigences minimales qui peuvent être établies par l'entité adjudicatrice conformément au paragraphe 2 du présent article et, le cas échéant, une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront considérées comme non conformes et écartées de la procédure¹⁴;
- e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [9], et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;
- f) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
- g) Les moyens, le mode et [les modalités] d'obtention de la demande de propositions;
- h) Le prix exigé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;
- i) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]¹⁵ la monnaie et les modalités de paiement de la demande de propositions;
- j) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]¹⁶ la ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible, dans lesquelles les propositions doivent être établies et dans lesquelles se déroulera le dialogue;
- k) Le mode[, les modalités] et la date limite de présentation des propositions. Cette dernière est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et soumettre leur proposition, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

5. La demande de propositions est adressée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui répondent à la sollicitation et qui en acquittent le prix exigé le cas

protection des informations classifiées dans ce type de marché (A/64/17, par. 264 et 265).

¹⁴ Cette nouvelle disposition, qui tient compte de la nécessité, exprimée pendant les consultations, de prévoir la manière dont seront limitées les propositions, se fonde sur la disposition type 15 des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

¹⁵ Le membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées par l'article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.

¹⁶ Id.

échéant, à moins qu'une procédure de préqualification ou de présélection n'ait été engagée, auquel cas la demande de propositions est adressée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés ou présélectionnés.

6. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 4 a) à f) et k) du présent article, la demande de propositions comporte, au minimum, les renseignements suivants¹⁷:

a) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions conformément à l'article 11¹⁸;

b) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition de la passation de marché qui ne fera pas l'objet du dialogue pendant la procédure;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de fixer le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, si possible, et, le cas échéant, le nombre maximum;

d) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

e) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire¹⁹;

f) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être soumises²⁰;

g) [À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national,]²¹ la ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation et la comparaison des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie soit une

¹⁷ Les dispositions des alinéas a) et e) à o) se fondent sur celles correspondantes de l'article 38 de la Loi type de 1994. Le contenu des autres dispositions de l'article 38 du texte de 1994, à l'exception des alinéas d) et h), est reflété dans le paragraphe 4 du présent article. Le contenu des alinéas d) et h) de l'article 38 n'a pas été pris en compte dans le projet actuel, car il n'est pas applicable au vu des modifications qu'il a jusqu'à présent été convenu d'apporter à la Loi type révisée.

¹⁸ Fondé sur l'alinéa m) de l'article 38 de la Loi type de 1994. Le Guide pour l'incorporation traiterait de la question des sous-critères et fournirait les orientations nécessaires pour faire en sorte de donner une description fidèle des critères d'évaluation. Le degré de souplesse devrait peut-être varier à cet égard selon les types de passation.

¹⁹ Fondé sur l'alinéa p) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁰ Fondé sur l'alinéa i) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²¹ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant dans les dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994, qui ont été supprimées dans le projet actuel de loi type révisée. Les experts consultés par le Secrétariat ont estimé qu'il serait peut-être souhaitable de revoir certaines des exceptions autorisées par l'article 23 de la Loi type de 1994 dans le cas de la passation de marchés nationaux.

mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée²²;

h) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes²³;

i) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans la demande de propositions sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les propositions comportant de telles variantes seront évaluées et comparées²⁴;

j) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions²⁵;

k) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties²⁶;

l) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours [pour non-respect des dispositions de la présente Loi] [ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application]²⁷;

m) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation²⁸;

n) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché[, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées]²⁹;

o) [Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la

²² Fondé sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²³ Fondé sur l'alinéa k) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁴ Fondé sur l'alinéa o) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁵ Fondé sur l'alinéa q) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁶ Fondé sur l'alinéa r) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁷ Fondé sur l'alinéa t) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa w) de l'article 33 du projet actuel).

²⁸ Fondé sur l'alinéa u) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁹ Fondé sur l'alinéa s) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa t) de l'article 33 du projet actuel).

procédure de passation du marché.]³⁰ [La forme souhaitée et toutes instructions pertinentes, y compris tout calendrier applicable en ce qui concerne le processus de passation du marché.]

7. Lorsque l'entité adjudicatrice a établi des exigences minimales conformément au paragraphe 2 du présent article, elle examine toutes les propositions sur la base de ces exigences et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme. L'avis de rejet [et les raisons du rejet]³¹ est promptement communiqué individuellement et simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs et entrepreneurs dont la proposition a été reçue et, le cas échéant, n'a pas été rejetée comme étant non conforme en application du paragraphe 7 du présent article, à participer au dialogue relatif à leur proposition. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence véritable, et soit au moins de trois, si possible.

9. Le dialogue est mené [par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice]³² de façon concomitante.

10. Pendant le déroulement [du dialogue/des discussions], l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, n'apporte aucune autre modification à la description de l'objet qui entraîne un changement de ce dernier, et ne modifie [aucun critère de qualification ou d'évaluation,] aucun élément de la passation de marché qui ne fait pas l'objet [du dialogue/des discussions], tel que notifié dans la demande de propositions, ni aucune autre condition de la passation³³.

³⁰ Fondé sur l'alinéa v) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

³¹ Les mots entre crochets ont trait à la question du retour d'information. Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'il n'a pas encore décidé comment traiter cette question dans le texte ou le Guide, et voudra peut-être par conséquent prendre cette décision avant de déterminer s'il souhaite conserver ces mots dans le texte, ou encourager une telle mesure dans le Guide. Voir également la discussion sur ce point dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H).

³² Le Groupe de travail n'a pas trouvé de consensus à sa seizième session concernant la question de savoir s'il était souhaitable d'inclure les mots entre crochets dans la Loi type plutôt que dans le Guide (A/CN.9/672, par. 110).

³³ Pendant les consultations tenues par le Secrétariat, les experts n'ont pas trouvé de consensus concernant la portée des modifications et la question de l'harmonisation avec l'appel d'offres en deux étapes, qui est très souple à ce stade. Voir, à titre de comparaison, la souplesse plus grande prévue concernant les modifications à ce stade dans le projet d'article 39-4 ci-dessus et la note de bas de page correspondante. Le Groupe de travail pourrait examiner si le degré de souplesse devrait être le même pour toutes les méthodes, ou si une méthode devrait être plus souple que l'autre. De manière générale, l'appel d'offres en deux étapes constitue une méthode moins souple que la demande de propositions avec dialogue (car cette dernière vise à faciliter l'identification de la meilleure solution pour l'entité adjudicatrice en offrant un degré de souplesse élevé). De plus, dans l'appel d'offres en deux étapes, le dialogue aboutit à l'établissement d'un ensemble unique de spécifications, et une plus grande souplesse présenterait donc moins de risques d'abus. Le degré de souplesse qui serait nécessaire pour la passation de marchés spécialisés tels que les marchés de services consultatifs devrait également être examiné, en relation avec la question de savoir s'il faudrait prévoir une méthode de passation distincte pour ce type de marchés (voir note 6 ci-dessus et document A/CN.9/WG.I/WP.71). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la présente

11. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information générés durant le dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également, en même temps, à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité figurant à l'article 22 de la présente Loi³⁴.

12. À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice adresse une demande finalisée de propositions à chaque fournisseur ou entrepreneur participant, l'invitant à soumettre sa meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de sa proposition. La demande est écrite et précise le mode[, les modalités] et la date limite de soumission des offres.

13. L'offre à retenir est celle qui, d'après les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives³⁵

1. Les dispositions de l'article 43-1 et 3 à 6 de la présente Loi s'appliquent à une passation de marché reposant sur une demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Avant [la publication de l'avis sollicitant la participation à la passation de marché ou, en cas de préqualification ou de présélection, avant la publication de l'invitation à soumettre une demande de préqualification ou à participer à la procédure de présélection, selon le cas] [l'envoi de la demande de propositions], l'entité adjudicatrice établit des exigences minimales en ce qui concerne les aspects qualitatifs, techniques et commerciaux des propositions [et, le cas échéant, le prix maximum]³⁶.

3. L'entité adjudicatrice examine les propositions sur la base des exigences minimales applicables et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme. L'avis de rejet [et les raisons du rejet] est promptement communiqué

disposition à la lumière du projet de définition du terme "modification substantielle" à l'article 2.

³⁴ Le Groupe de travail se rappellera peut-être que l'article 22 porte sur le consentement à la divulgation d'informations confidentielles parmi les fournisseurs.

³⁵ Fondé sur l'article 44 de la Loi type de 1994 et sur la méthode présentée au projet d'article 43 ci-dessus. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner quand le recours aux négociations consécutives est approprié compte tenu des conditions d'utilisation prévues au chapitre II. Il voudra peut-être aussi examiner si la méthode devrait être reliée au projet d'article 41 (demande de propositions sans négociation), comme dans la Loi type de 1994, plutôt qu'au projet d'article 43 ci-dessus comme dans le projet actuel.

³⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette mention devrait être incluse pour tenir compte des marchés dotés d'un budget fixe. Voir également les discussions relatives à la passation de marchés portant sur des services consultatifs dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71.

individuellement et simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

4. L'entité adjudicatrice note chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions et:

a) Elle invite le fournisseur ou l'entrepreneur ayant obtenu la meilleure note en application de ces critères et de cette procédure à des négociations [sur le prix de sa proposition]³⁷; et

b) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché.

5. S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 4 a) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, l'entité adjudicatrice informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations.

6. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou cet entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

7. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, n'apporte aucune autre modification à la description de l'objet qui entraîne un changement de ce dernier et ne modifie [aucun critère de qualification ou d'évaluation,] aucun élément de la passation qui ne fait pas l'objet des négociations, tel que notifié dans la demande de propositions, ni aucune autre condition de la passation du marché³⁸.

Section II

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence³⁹

1. Dans les négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

³⁷ La Loi type de 1994 autorise uniquement les négociations consécutives sur le prix (alinéa b) de l'article 44). Les experts consultés par le Secrétariat se sont demandé s'il était souhaitable d'imposer une telle restriction. Le Groupe de travail voudra peut-être par conséquent examiner si des négociations portant sur des critères autres que le prix devraient aussi être autorisées pour cette méthode de passation.

³⁸ Pour ce qui est de la question de la souplesse, voir note 33 ci-dessus.

³⁹ Cet article est fondé sur l'article 49 de la Loi type de 1994, auquel il est proposé d'ajouter une obligation de publicité, suite aux consultations menées par le Secrétariat avec les experts. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner quand le recours aux négociations avec appel à la concurrence est approprié compte tenu des conditions d'utilisation prévues au chapitre II.

- [2. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de négociations avec appel à la concurrence dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).
3. [En cas de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, afin de protéger ces dernières]⁴⁰ ou dans les situations d'urgence mentionnées à l'article 27-2, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer la mesure prévue au paragraphe 2 du présent article. Elle indique, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision de ne pas publier d'avis de négociations avec appel à la concurrence.]⁴¹
4. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.
5. Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de soumettre, à une date donnée, leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions.
6. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

1. Dans les circonstances visées à l'article [29], l'entité adjudicatrice peut solliciter une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.
- [2. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de sollicitation d'une source unique dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).
3. [En cas de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, afin de protéger ces dernières]⁴² ou dans les situations d'urgence mentionnées à l'article 29 b), l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer la mesure prévue au paragraphe 2 du présent article. Elle indique, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et

⁴⁰ Ce passage a été ajouté pour tenir compte des instructions données au Secrétariat à la quarante-deuxième session de la Commission. Celui-ci a en effet été chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles, afin que le Groupe de travail les examine, qui prendraient en considération les marchés sensibles, en envisageant en particulier des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées dans ce type de marché (A/64/17, par. 264 et 265).

⁴¹ Il est suggéré d'ajouter les paragraphes 2 et 3 à la suite des consultations menées par le Secrétariat avec les experts.

⁴² Ce passage a été ajouté pour tenir compte des instructions données au Secrétariat à la quarante-deuxième session de la Commission. Celui-ci a en effet été chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles, afin que le Groupe de travail les examine, qui prendraient en considération les marchés sensibles, en envisageant en particulier des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées dans ce type de marché (A/64/17, par. 264 et 265).

circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision de ne pas publier d'avis de sollicitation d'une source unique.]⁴³

⁴³ Il est suggéré d'ajouter les paragraphes 2 et 3 à la suite des consultations menées par le Secrétariat avec les experts.

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.6 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient des propositions concernant le chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 52.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES**Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à une procédure de passation impliquant le recours à des enchères électroniques inversées¹**

1. Sous réserve de l'article 16², lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode autonome de passation, l'entité adjudicatrice sollicite des offres par sollicitation ouverte.
2. Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée dans d'autres méthodes de passation de marché, s'il y a lieu, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, les avise qu'une enchère électronique inversée se tiendra.

Article 48. Teneur de l'avis d'enchère électronique inversée³

1. L'avis d'enchère électronique inversée comporte, au minimum, les renseignements suivants:
 - a) Outre les renseignements requis à l'article 11-4, la formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation et l'indication de tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de l'enchère;

¹ L'article a été modifié suite à l'ajout de la définition de la "sollicitation ouverte".

² Ces mots ont été insérés en lieu et place de la référence spécifique aux informations à fournir en cas de préqualification conformément à l'article 48 pour assurer la cohérence avec d'autres méthodes de passation.

³ Cet article a été réorganisé pour distinguer clairement les renseignements qui devraient être inclus dans tous les avis d'enchère électronique inversée (qu'elle soit utilisée comme méthode autonome ou dans le cadre d'une autre méthode de passation) de ceux, spécifiques, à fournir lorsqu'une enchère électronique inversée est utilisée comme méthode autonome.

b) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

c) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà déterminés, les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

d) Les critères de clôture de l'enchère et, si ces renseignements sont déjà déterminés, la date et l'heure d'ouverture de l'enchère;

e) Le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles); et

f) Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

2. L'avis d'une enchère électronique inversée qui sera utilisée comme méthode autonome de passation comporte en outre les renseignements suivants:

a) Les informations visées à l'article [31 a), d) et e) et à l'article 33 d), f), h) à j) et t) à y)];

b) Le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère lorsque l'entité adjudicatrice décide d'imposer un nombre minimum et/ou maximum, à condition que, ce faisant, elle ait la certitude qu'elle garantira une concurrence effective et un traitement équitable. Lorsque c'est le maximum qui est imposé, l'avis de l'enchère électronique inversée indique également les critères et la procédure qui seront utilisés pour déterminer ce nombre⁴;

c) Une invitation à présenter des soumissions initiales en même temps que les renseignements visés aux articles [31 f) à j) et 33 a), k) à s) et z)], lorsque le marché est attribué sur la base de l'offre la plus basse selon l'évaluation⁵, ou lorsque l'entité adjudicatrice décide que l'enchère électronique inversée est précédée d'un examen des soumissions initiales.

Article 49. Invitation à participer à l'enchère électronique inversée⁶

1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 à 4 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et

⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être assurer la cohérence entre cette disposition et celles relatives à la présélection dans l'article 39 proposé.

⁵ Le texte du Guide expliquera que, dans ce cas, l'enchère électronique inversée est toujours précédée d'un examen et d'une évaluation complets des soumissions initiales conformément aux critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir et au coefficient de pondération de ces critères, spécifiés conformément à l'article [11] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

⁶ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222). Certaines modifications ont été nécessaires pour tenir compte des changements apportés à d'autres dispositions du projet de loi type.

doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 5 du présent article.

2. Lorsqu'une limite a été imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère conformément à l'article [48-2 b)], l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs choisis, en fonction du nombre fixé⁷ et conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

3. Lorsqu'une préqualification a eu lieu conformément à l'article [16], l'entité adjudicatrice envoie l'invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

4. Lorsque l'enchère a été précédée d'un examen ou d'une évaluation complète des soumissions initiales, l'entité adjudicatrice:

a) Fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné si sa soumission initiale est conforme. [Lorsque la soumission initiale d'un fournisseur ou entrepreneur n'est pas conforme et est donc rejetée en application de l'article [37-3], l'entité adjudicatrice, sur demande, communique promptement au fournisseur ou entrepreneur concerné les motifs pour lesquels sa soumission initiale a été jugée non conforme]⁸;

b) Envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la soumission initiale était conforme. L'invitation contient également le résultat de l'examen et de l'évaluation de la soumission initiale du fournisseur ou entrepreneur concerné⁹.

5. L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités à participer à l'enchère;

b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et

⁷ Le Guide expliquera que, si le nombre des participants est inférieur au nombre maximum autorisé, tous ceux qui sont qualifiés doivent être invités à participer.

⁸ Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il n'a pas encore pris de décision finale sur la manière de traiter l'obligation de rendre compte dans le texte ou dans le Guide, et voudra donc peut-être trancher la question avant d'examiner s'il fallait conserver cette phrase dans le texte ou encourager cette mesure dans le Guide. Il est indispensable d'assurer la cohérence à cet égard, car la procédure d'enchère peut être engagée dans le cadre d'autres méthodes de passation de marché qui ne prévoient pas l'obligation de rendre compte. Voir également l'examen de cette question dans la note du Secrétariat A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H.

⁹ Le Guide indiquera l'étendue des informations à fournir sur le résultat de l'évaluation complète.

e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui pourra être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.

6. L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère conformément au présent article soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article 50. Inscription pour participer à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère¹⁰

1. L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

2. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère électronique inversée. Cet abandon est communiqué rapidement et individuellement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

3. L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai adéquat à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Ce délai est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice¹¹.

Article 51. Exigences pendant la phase d'enchère¹²

1. Les enchères électroniques inversées portent:

a) Sur le prix, lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas; ou

b) Sur le prix et les autres critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir précisés conformément à l'article [11] et énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée, lorsque le marché doit être attribué à l'offre la plus basse résultant de l'évaluation.

2. Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Tous les enchérisseurs ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs offres;

¹⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222).

¹¹ Les mots "compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice" ont été ajoutés pour assurer la cohérence avec d'autres dispositions similaires de la Loi type (voir, notamment, les articles 16-3 i) et 34-1 du présent projet).

¹² À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification (A/CN.9/668, par. 222). Certaines modifications ont été apportées pour tenir compte des changements apportés ultérieurement à d'autres dispositions du projet de loi type.

b) Toutes les offres font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents inclus dans l'avis de l'enchère électronique inversée;

c) Chaque enchérisseur doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de son offre par rapport aux autres¹³;

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.

3. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.

4. L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée.

5. L'entité adjudicatrice suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

Article 52. Exigences après la phase d'enchère¹⁴

1. L'offre dont il est établi, à la clôture de l'enchère, qu'elle est la plus basse ou la meilleure¹⁵ selon l'évaluation, selon le cas, est l'offre à retenir.

2. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16], l'entité adjudicatrice peut exiger de l'enchérisseur ayant présenté l'offre dont il a été déterminé, à la clôture de l'enchère, qu'elle est l'offre à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9]. S'il ne le fait pas, l'entité adjudicatrice rejette l'offre et,

¹³ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa sans modification, mais est convenu que le Guide appellerait l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres offres sont fournies et donnerait des exemples de bonnes pratiques pour les limiter.

¹⁴ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article sous réserve de l'examen ultérieur de la proposition tendant à remplacer les mots "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure offre selon l'évaluation" (A/CN.9/668, par. 222). Voir la note de bas de page suivante.

¹⁵ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de remplacer les mots "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure offre selon l'évaluation" puisque, dans la pratique, l'offre qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 220 et 222). Le comité de rédaction informel, composé, en juillet 2009, de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, s'est prononcé en faveur de l'utilisation du terme "meilleure" au lieu de "la plus basse" sous réserve que le Guide pour l'incorporation explique précisément la signification du terme "meilleure" dans le contexte spécifique des enchères inversées.

sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'offre suivante qui, à la clôture de l'enchère, était la plus basse ou la meilleure selon l'évaluation, sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

3. Lorsqu'elle n'a pas examiné les soumissions initiales avant l'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après l'enchère la conformité de l'offre dont il a été déterminé, à la clôture de l'enchère, qu'elle est l'offre à retenir. Elle rejette l'offre si elle la juge non conforme et, sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'offre suivante qui, à la clôture de l'enchère, était la plus basse ou la meilleure selon l'évaluation, sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

4. L'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article [18] si l'offre dont il a été déterminé, à la clôture de l'enchère, qu'elle est l'offre à retenir suscite des craintes quant à l'aptitude de l'enchérisseur qui l'a présentée à exécuter le marché. Si l'entité adjudicatrice rejette l'offre pour les motifs mentionnés à l'article [18], elle [retient] [peut retenir] l'offre suivante qui, à la clôture de l'enchère, était la plus basse ou la meilleure selon l'évaluation. Cette disposition est sans préjudice du droit qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation en application de l'article [17-1].

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.7 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres), qui comprend les articles 53 à 60, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES¹**Article 53. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre²**

1. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au présent chapitre lorsqu'elle estime que:

- a) L'objet du marché devrait être nécessaire de manière [récurrente ou indéterminée]³ au cours d'une période donnée; ou
- b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée; ou

¹ À la quinzième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé qu'il pourrait être nécessaire d'autoriser des procédures négociées après la conclusion d'un accord-cadre. Il a été proposé que des dispositions autorisant les négociations dans le contexte des accords-cadres soient élaborées avec le chapitre V. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion (A/CN.9/668, par. 224).

² À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de déplacer vers l'article 2 les définitions que la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4) proposait d'insérer dans le présent article (A/CN.9/668, par. 229 et 273 f). Il a décidé d'examiner ultérieurement les autres révisions qu'il était proposé d'apporter au projet d'article (A/CN.9/668, par. 229).

³ L'une des questions que le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur est la proposition, faite à la quinzième session, de revoir l'insertion et l'étendue des conditions d'utilisation (A/CN.9/668, par. 227 à 229). Des participants à la session ont proposé au Secrétariat les variantes entre crochets, pour examen ultérieur par le Groupe de travail, en expliquant que le terme "indéterminée" signifiait que le moment de la survenance du besoin et/ou les quantités nécessaires étaient inconnus. En juillet 2009, le comité de rédaction informel composé de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, a recommandé que le Guide pour l'incorporation explique qu'une entité adjudicatrice devrait fournir une estimation des quantités futures dans le dossier de sollicitation, notamment pour donner des orientations aux fournisseurs potentiels sur les besoins possibles de l'acheteur public. Le Guide devrait également expliquer pourquoi la Loi type fait référence à des quantités indéterminées, par exemple parce qu'il est possible qu'un article ne soit commandé qu'une fois.

[c) Autres motifs et circonstances qui justifient le recours à une procédure d'accord-cadre.]⁴

2. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi⁵.

Article 54. Informations à spécifier lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois⁶

Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure d'accord-cadre, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice [qui attribuera l'accord-cadre et le nom et l'adresse de toute autre entité adjudicatrice qui aura le droit d'attribuer des marchés sur le fondement de l'accord-cadre]⁷;

b) Que la passation de marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre;

c) Le type d'accord-cadre qui sera conclu – accord-cadre fermé ou ouvert; dans le cas d'un accord-cadre fermé, s'il comportera ou non une mise en concurrence lors de la deuxième étape; et, dans le cas d'un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, s'il doit être conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs;

d) Toutes les informations minimales qui doivent figurer dans l'accord-cadre conformément à l'article [57] ou [59], selon le cas;

e) Dans les accords-cadres conclus avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront parties à l'accord;

⁴ À la quinzième session du Groupe de travail, on a proposé d'insérer un alinéa c) supplémentaire qui autoriserait, en termes généraux, l'entité adjudicatrice à recourir à des procédures d'accords-cadres sous réserve qu'elle justifie sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation (A/CN.9/668, par. 228). Le comité de rédaction informel a recommandé en juillet 2009 que le Guide donne des exemples de circonstances qui pourraient justifier le recours à cette méthode de passation.

⁵ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de regrouper toutes les dispositions du chapitre ayant trait au procès-verbal de la procédure de passation afin de les examiner plus avant à une date ultérieure (A/CN.9/668, par. 229). Le Secrétariat a regroupé, dans le présent paragraphe, le plus grand nombre possible de ces dispositions. L'idée est, à terme, d'en reprendre aussi le contenu dans un article sur le procès-verbal de la procédure de passation (article 23 du projet de loi type révisée).

⁶ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que modifié à cette session (A/CN.9/668, par. 233).

⁷ Libellé proposé par le comité de rédaction informel en juillet 2009. On a expliqué que ce libellé vise à permettre l'utilisation de l'accord-cadre par d'autres entités, et non pas seulement par l'entité adjudicatrice qui l'a conclu. Cette approche, qui consiste à faciliter la centralisation de la passation des marchés en recourant à des accords-cadres, permet plus aisément de regrouper les besoins des acheteurs publics et d'accroître ainsi leur pouvoir de négociation avec les fournisseurs.

f) Les procédures et critères que l'entité adjudicatrice utilisera pour sélectionner les parties à l'accord; pour les accords-cadres fermés, en outre, tous critères d'évaluation, leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection, et si cette dernière se fera en fonction du prix le plus bas ou de la [meilleure soumission] [soumission la plus basse]⁸ selon l'évaluation;

g) Dans les procédures d'accords-cadres fermés, les renseignements mentionnés dans les articles 31 e) à j) et 33 a) à c) et g) à z), à moins que ceux-ci ne soient déterminés dans le cadre d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape.

Article 55. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée de l'accord-cadre⁹

Pendant la durée de l'accord-cadre, aucune modification substantielle dans la passation de marché n'est permise.

Article 56. Sélection de la partie ou des parties à un accord-cadre fermé

1. L'entité adjudicatrice sélectionne la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclura un accord-cadre fermé:

a) En recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent article et l'article [57] dérogent auxdites dispositions; ou

b) En recourant à une méthode de passation du chapitre IV selon les conditions prévues à l'article [26] de la présente Loi et conformément aux dispositions pertinentes du chapitre IV, sauf dans la mesure où le présent article et l'article [57] dérogent auxdites dispositions;

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur, en utilisant, outre les méthodes de passation spécifiées dans les alinéas a) et b) ci-dessus, la procédure de sollicitation d'une source unique selon les conditions prévues à l'article [29 a) et c) à e)].

2. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article 23 de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'utilisation d'une méthode de passation autre que l'appel d'offres pour sélectionner la partie ou les parties avec laquelle ou lesquelles elle conclut un accord-cadre fermé.

⁸ Le comité de rédaction informel a recommandé en juillet 2009 d'utiliser la formule "la meilleure soumission selon l'évaluation".

⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de déplacer vers l'article 2 la définition du terme "modification substantielle", que la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4) proposait d'insérer au présent article (A/CN.9/668, par. 235 à 237 et 273 f)). Il a décidé d'examiner ultérieurement le projet d'article révisé (A/CN.9/668, par. 235 à 237).

3. L'entité adjudicatrice sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection spécifiés, y compris leur coefficient de pondération et la façon dont ils seront appliqués. Elle avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) de sa (leur) sélection¹⁰.

Article 57. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres fermés¹¹

1. Un accord-cadre fermé peut être conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs¹².

2. Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et stipule:

a) La durée de l'accord, qui ne doit pas dépasser [l'État adoptant spécifie un maximum] ans¹³;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché établies au moment de la conclusion de l'accord;

c) Si elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord;

d) Si un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord¹⁴ et, dans ce cas:

i) Les conditions qui doivent être établies ou précisées lors de cette mise en concurrence;

ii) Les modalités et la fréquence possible¹⁵ de toute mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la soumission des offres lors de la deuxième étape¹⁶;

¹⁰ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, compte tenu du renforcement des dispositions relatives aux recours, le présent paragraphe devrait également prévoir un retour d'information pour les fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été sélectionnés. Voir, à cet égard, la discussion dans la note A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H, établie par le Secrétariat. Le comité de rédaction informel a recommandé, en juillet 2009, d'indiquer dans le Guide que le retour d'information est une pratique optimale, et ce aux deux étapes de la procédure d'accord-cadre (au moment de l'attribution de l'accord-cadre et au moment de l'attribution des marchés sur le fondement d'un accord-cadre existant).

¹¹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que modifié à cette session (A/CN.9/668, par. 245).

¹² Le paragraphe a été révisé suite à la proposition, faite à la quinzième session du Groupe de travail, de supprimer la référence à un nombre défini et de laisser à l'État adoptant le soin de fixer le nombre requis (A/CN.9/668, par. 243).

¹³ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu que cette disposition serait accompagnée, dans le Guide, d'un commentaire qui soulignerait le danger des accords-cadres fermés de longue durée compte tenu du fait qu'ils risquent de porter atteinte à la concurrence (A/CN.9/668, par. 244).

¹⁴ La disposition a été modifiée pour éviter de donner l'impression que tous les accords conclus avec plusieurs fournisseurs doivent obligatoirement comprendre une mise en concurrence lors de la deuxième étape.

- iii) Si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord se fera en fonction du prix le plus bas ou de [l'offre la plus basse] [la meilleure offre] selon l'évaluation [...];
- iv) Les procédures et critères d'évaluation, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément à l'article [11] de la présente Loi, pendant toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients de pondération pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification substantielle dans la passation de marché.
3. Un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, à moins que:
- a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord; et
- b) L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal requis à l'article [23] les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés; et
- c) Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée soient minimales, ne soient pas de nature substantielle et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.
4. Si l'entité adjudicatrice souhaite gérer un accord-cadre fermé sous forme électronique, cet accord contient, outre les renseignements spécifiés dans les autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, y compris des informations sur les modalités d'accès à l'accord-cadre électronique et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de l'accord, sur l'équipement électronique utilisé et sur les spécifications techniques de connexion.

¹⁵ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de modifier les mots "la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée" pour parler de la "fréquence possible" de la mise en concurrence (A/CN.9/668, par. 240).

¹⁶ À la quinzième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé que des informations sur les délais indicatifs de présentation des soumissions lors de la deuxième étape devraient être communiquées à l'avance aux fournisseurs ou entrepreneurs. Ces informations ont été jugées importantes pour permettre à ceux-ci de décider s'ils souhaitent devenir parties à l'accord-cadre. Il a été proposé d'aborder la question dans le contexte du projet d'article 54 g) dans la mesure où elle n'était pas encore traitée, et d'expliquer dans le Guide que les informations fournies revêtent un caractère indicatif et ne lient pas l'entité adjudicatrice (A/CN.9/668, par. 248). Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que, dans la pratique, ce type d'information figurerait très probablement dans l'accord lui-même plutôt que dans l'avis de sollicitation. Vu que, selon l'article 54 d) proposé, le contenu minimal de l'accord doit être dévoilé dès le début de la procédure de passation, le Groupe de travail voudra peut-être faire figurer les informations correspondantes dans le présent alinéa plutôt que dans l'article 54 g) proposé.

Article 58. Sélection des parties à une procédure d'accord-cadre ouvert¹⁷

1. L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert sous forme électronique.
2. Un accord-cadre ouvert est établi au moyen d'une sollicitation ouverte. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation à l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice publie un avis de procédure d'accord-cadre ouvert qui contient les informations spécifiées à l'article [54].
3. Pendant la durée de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice:
 - a) Soit republie le plus fréquemment possible, et en tout état de cause au moins une fois par an, l'avis initial de la procédure d'accord-cadre ouvert, un avis d'attribution de l'accord-cadre ainsi qu'une invitation à présenter d'autres soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre dans la ou les publications où est paru l'avis initial;
 - b) Soit conserve une copie des informations publiées à l'adresse du site Web ou à une autre adresse électronique mentionnée dans l'avis initial.
4. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre ouvert à tout moment pendant la durée de celui-ci en présentant leurs soumissions à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'avis de la procédure d'accord-cadre ouvert.
5. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions pour devenir partie à l'accord-cadre reçues pendant la durée de celui-ci dans un délai maximal de [...] jours conformément aux procédures prévues dans l'avis de la procédure d'accord-cadre ouvert.
6. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, sauf si leurs soumissions ont été rejetées en application de l'article [37-3] de la présente Loi.
7. L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de parties à l'accord-cadre ouvert en raison de limites techniques ou d'autres limites de capacité. Elle fournit des informations sur l'imposition d'un tel maximum et sur ce nombre maximum conformément à l'article 54 de la présente Loi. Elle indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum.
8. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils ont été sélectionnés pour être parties à l'accord-cadre¹⁸.

¹⁷ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 250 à 253).

¹⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, compte tenu du renforcement des dispositions relatives aux recours, le présent paragraphe devrait également prévoir un retour d'information pour les fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été sélectionnés. Voir, à cet égard, la discussion dans la note A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, section H, établie par le Secrétariat.

Article 59. Prescriptions minimales concernant les accords-cadres ouverts¹⁹

1. Un accord-cadre ouvert prévoit une mise en concurrence lors de la deuxième étape pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord et comporte, en outre, au minimum les renseignements suivants:

a) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

b) Les conditions qui peuvent être précisées dans le cadre de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

c) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur le fonctionnement électronique de l'accord, y compris sur les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de l'accord, sur l'équipement électronique utilisé et sur les arrangements et spécifications techniques;

d) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord, un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant conclure l'accord-cadre;

e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) Une clause indiquant expressément que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée de celui-ci, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs;

ii) Les informations spécifiées aux articles 31 e) et 33 b), c), t), u), w) et z); et

iii) Des instructions pour établir et soumettre des offres indicatives, y compris les informations mentionnées à l'article 33 i) à k);

f) Les modalités et la fréquence possible de la mise en concurrence lors de la deuxième étape;

g) Une clause indiquant si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord-cadre se fera en fonction du prix le plus bas ou de [la meilleure offre] [l'offre la plus basse] selon l'évaluation;

h) Les procédures et critères d'évaluation qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément à l'article [11] de la présente Loi. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients pourront varier pendant cette mise en concurrence, à condition que cette variation n'entraîne pas de modification substantielle dans la passation de marché;

¹⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 254).

- i) La durée de l'accord-cadre²⁰.
2. L'entité adjudicatrice garantit, pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'accès libre, direct et complet aux spécifications et aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son fonctionnement.

Article 60. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre²¹

1. L'attribution d'un marché sur le fondement d'un accord-cadre se fait conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.
2. Aucun marché n'est attribué au titre de l'accord-cadre fermé à des fournisseurs ou entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord.
3. a) Chaque marché envisagé au titre d'un accord-cadre fermé comportant une mise en concurrence lors de la deuxième étape et au titre d'un accord-cadre ouvert fait l'objet d'une invitation écrite à soumettre une offre;
b) L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché]²² invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, ou seuls ceux qui sont alors capables de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché, à présenter leurs offres;
c) L'invitation à soumettre une offre:
 - i) Rappelle les conditions existantes de l'accord-cadre qui figureront dans le marché envisagé, énonce les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et fournit de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;
 - ii) Rappelle les procédures et les critères de sélection pour l'attribution du marché envisagé (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués), et comporte les informations mentionnées à l'article 33 q) à s) et x) à z) de la présente Loi;
 - iii) Donne des instructions pour l'établissement des offres de la deuxième étape, y compris les informations spécifiées à l'article 33 g) à p) de la présente Loi;
 - iv) Fixe le mode[, les modalités] et la date limite de soumission des offres. Cette dernière consiste en une date et heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et soumettre leurs offres,

²⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu que l'article devrait faire référence à la durée de l'accord-cadre (A/CN.9/668, par. 254).

²¹ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de fusionner les projets d'articles relatifs aux procédures de la deuxième étape des accords-cadres fermés et ouverts. Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet d'article quant au fond (A/CN.9/668, par. 247 et 255).

²² Modification proposée en juillet 2009 par le comité de rédaction informel pour assurer la cohérence avec les révisions qu'il a été proposé d'apporter à l'article 54 a) plus haut en vue de permettre à une entité adjudicatrice centrale de conclure un accord-cadre qui puisse être utilisé par d'autres entités pour passer des marchés.

compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice [qui attribue le marché]^{23, 24};

d) L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché] évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à soumettre une offre;

e) L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché] accepte l'offre à retenir conformément à l'article 20²⁵.

4. L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché] notifie promptement par écrit, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, l'attribution du marché, le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel l'avis a été adressé et le prix du marché²⁶.

²³ Modification proposée par le comité de rédaction informel en juillet 2009.

²⁴ Les dispositions de ce paragraphe ont été révisées afin de les rendre techniquement neutres et de les aligner sur les dispositions similaires d'autres articles du présent projet de loi type révisée.

²⁵ À revoir en tenant compte de la décision que prendra le Groupe de travail en ce qui concerne le projet d'article 20-11, en particulier sur la question de savoir s'il est souhaitable de prévoir un délai d'attente au stade de l'attribution des marchés au titre d'accords-cadres (A/CN.9/668, par. 141 à 144).

²⁶ Ibid.

A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.8 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VIII (Recours) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 61 à 66.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VIII. RECOURS**Article 61. Droit de recours¹**

Tout fournisseur ou entrepreneur qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un dommage causé par le non-respect des dispositions de la présente Loi² peut introduire un recours conformément aux articles 62 à 66 et contester devant les instances appropriées, conformément au droit applicable, toute décision découlant de ce recours.

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle³

1. Sans préjudice de son droit à introduire un recours directement devant une instance administrative indépendante, conformément à l'article 63 de la présente

¹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257). En juillet 2009, un comité de rédaction informel composé de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie a recommandé que le Guide précise que l'article 17 de la Loi type décharge explicitement l'entité adjudicatrice de toute responsabilité financière en cas d'abandon de la passation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette recommandation en tenant compte du libellé de l'article 17 qui sera finalement approuvé.

² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition formulée par les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, selon laquelle la portée de cette disposition serait trop limitée et devrait inclure le cas dans lequel des fournisseurs n'auraient pas eu la possibilité équitable d'entrer en compétition.

³ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 259 et 260). En particulier, il a été convenu que les dispositions ne fixeraient pas de délais consistant en un nombre spécifique de jours, mais laisseraient cette information entre crochets pour que l'État adoptant la complète lui-même. Il a aussi été convenu que le Guide appellerait à cet égard l'attention des États adoptants sur le délai prévu dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.

Loi, le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 61 peut présenter une réclamation à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle⁴. Les réclamations sont présentées par écrit à condition que:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toutes les autres réclamations motivées par la procédure de passation de marché soient présentées avant l'entrée en vigueur du marché dans un délai de [...] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur auteur de la réclamation a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

2. À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, rend une décision écrite dans les [...] jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui seront prises.

3. Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 2 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou l'entité adjudicatrice, selon le cas, pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article 63 ou 66. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle n'est plus compétente pour connaître de la réclamation.

⁴ Le paragraphe a été reformulé suite à la suggestion faite à la quinzième session du Groupe de travail de clarifier les dispositions de l'article proposé pour bien montrer que le recours prévu à l'article 62 était facultatif (A/CN.9/668, par. 259).

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante*.⁵

1. Le fournisseur ou entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article 61 peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative]⁶.
2. Une réclamation est présentée par écrit dans un délai de [...] jours à compter du moment où le fournisseur ou entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui motivent la réclamation ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition que les réclamations concernant les conditions de la sollicitation soient présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions.
3. La présentation [en temps voulu] d'une réclamation en application de l'article 62 entraîne la suspension du délai de présentation d'une réclamation en vertu du présent article pendant toute la durée de la procédure effectivement engagée conformément à l'article 62, suspension qui ne dépassera pas le délai maximum imposé à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, pour rendre une décision conformément à l'article 62-2 et communiquer cette décision au fournisseur ou à l'entrepreneur conformément à l'article 65-3⁷.
4. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise promptement l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.
5. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder une ou plusieurs des réparations suivantes:
 - a) Énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce⁸;

* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actions, décisions et procédures administratives pourront ignorer le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 66) à condition que l'État adoptant possède effectivement un système de recours judiciaire, y compris un système d'appel, qui garantisse, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption, recours et réparation dans le cas où les règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi ne seraient pas respectées.

⁵ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session, sous réserve de l'examen plus approfondi d'une question en suspens (voir la note ci-après) (A/CN.9/668, par. 265). Il a été convenu que le sens du terme "instance administrative indépendante" serait précisé dans le Guide, dans le contexte du présent article, en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risquait de nuire à la procédure de passation, car les décisions seraient susceptibles d'appel, ce qui retarderait encore les choses (A/CN.9/668, par. 262 g).

⁶ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide pour l'incorporation fera une distinction claire entre la présente procédure de recours et une procédure de notification.

⁷ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide pour l'incorporation expliquera qu'une suspension du délai n'entraîne pas une suspension de la procédure de passation en vertu de l'article 65.

⁸ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été proposé d'insérer l'alinéa a) du paragraphe 5 dans le chapeau même du paragraphe. En réponse, le Secrétariat a été prié de

b) Interdire à l'entité adjudicatrice d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

c) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice;

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision⁹;

f) [Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illicite de l'entité adjudicatrice et pour toute perte ou dommage subi, qui [peut être] [est] limité aux coûts de la préparation de la soumission ou [de la contestation] [aux coûts afférents à la contestation, ou à l'ensemble de ces coûts]]¹⁰; [Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable encourue dans le cadre de la procédure de passation du marché par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illicite de l'entité adjudicatrice]¹¹;

retracer l'historique des dispositions. Le Groupe de travail a décidé de n'étudier la proposition qu'après avoir examiné les conclusions du Secrétariat (A/CN.9/668, par. 264). Les résultats de la recherche demandée sont exposés à la section D de la note A/CN.9/WG.I/WP.68 établie par le Secrétariat.

⁹ Le Groupe de travail souhaitera peut-être réviser la formulation du présent alinéa afin d'y faire référence à des mesures correctives, qui est le terme employé dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP, 1994) et dans le texte provisoirement convenu de l'Accord révisé sur les marchés publics (projet révisé d'AMP).

¹⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de ne conserver dans le paragraphe 5 f) que l'option I, dont le libellé devrait être aligné sur les dispositions pertinentes d'instruments internationaux que sont l'article XX 7 c) de l'AMP et l'article XVIII 7 b) du projet révisé d'AMP. Il est également convenu de supprimer, du paragraphe 5 f), l'option II pour l'insérer dans le Guide, et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel était extrêmement préjudiciable aux procédures de passation, car elle incitait davantage à présenter des réclamations. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution de la réglementation sur la question et mette en avant les dispositions pertinentes des instruments de l'OMC. Pour les raisons exposées dans sa note A/CN.9/WG.I/WP.68, section C, le Secrétariat a éprouvé des difficultés à appliquer les instructions du Groupe de travail. Ce dernier souhaitera peut-être examiner le libellé proposé entre crochets en même temps que les considérations soulevées dans la note en question. Les mots placés entre crochets tiennent également compte des différences de formulation qui existent entre l'article XX 7 c) de l'AMP et l'article XVIII 7 b) du projet révisé d'AMP.

¹¹ Libellé proposé par le comité de rédaction informel en juillet 2009, qui se fonde sur l'option I de la Loi type de 1994. Ce libellé était accompagné d'une note explicative indiquant que le Groupe de travail, à sa session de février 2009, avait décidé "de supprimer du paragraphe 5 f) l'option II de la Loi type de 1994 pour l'insérer dans le Guide et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel était extrêmement préjudiciable aux procédures de passation, car elle incitait davantage à présenter des réclamations" (A/CN.9/668, par. 262 f)). En insérant l'option II dans le Guide, il reviendrait à l'État adoptant de prévoir, s'il le souhaite, un dédommagement pour

- g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;
- h) Annuler le marché entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché a été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution.
6. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de [...] jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.
7. Cette décision est définitive, sauf si une action est intentée en vertu de l'article 66.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles 62 et 63¹²

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article 62 ou 63, l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation du marché¹³ sur laquelle porte la réclamation ainsi que toute autorité gouvernementale dont les intérêts sont ou pourraient être lésés de la présentation de cette réclamation et de son contenu.
2. Chacun de ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité gouvernementale a le droit de participer à cette procédure. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité gouvernementale qui ne participe pas à la procédure de recours ne peut formuler par la suite de réclamation du même type.
3. Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation, le droit de se faire représenter et accompagner [et le droit de demander que la procédure soit publique]¹⁴ et que des témoins puissent être entendus. Il n'est divulgué aucune information dont la divulgation serait contraire aux lois, ferait obstacle à l'application des lois, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, ou nuirait à la concurrence loyale¹⁵.

des préjudices plus importants.

¹² À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 267 et 268).

¹³ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de préciser dans le Guide que les mots "qui participent à la procédure de passation du marché" pourraient désigner un ensemble différent de participants en fonction du moment où se déroulait la procédure de recours et de l'objet de la réclamation, et de préciser, en outre, que ceux dont les soumissions avaient été rejetées pourraient ne pas être autorisés à participer à la procédure de recours si cette dernière portait sur les étapes de la procédure de passation postérieures au rejet et sans rapport avec ce dernier (A/CN.9/668, par. 267 c)).

¹⁴ Le comité de rédaction informel a proposé, en juillet 2009, de placer ces mots entre crochets en vue de les examiner ultérieurement et, en particulier, de tenir compte des préoccupations exprimées à propos des motifs de défense et de sécurité nationales et d'autres motifs justifiant des exceptions à l'information du public.

¹⁵ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu d'envisager de prévoir, aux paragraphes 3 et 4, des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, en expliquant dans le Guide que les considérations de confidentialité ne

4. En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit en temps voulu à l'instance de recours tous les documents relatifs à la réclamation, y compris le procès-verbal de la procédure de passation, à condition toutefois que les protections appropriées aient été prévues pour qu'il ne soit divulgué à des personnes extérieures à la procédure de recours aucune information dont la divulgation serait contraire aux lois, ferait obstacle à l'application des lois, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale¹⁶.

5. Une copie de la décision de l'instance de recours est remise, dans un délai de [...] jours après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen, à condition toutefois qu'il ne soit divulgué aucune information dont la divulgation serait contraire aux lois, ferait obstacle à l'application des lois, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale¹⁷.

6. Toute décision prise par l'instance de recours et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché¹⁸

1. La présentation [en temps voulu] d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours¹⁹:

devraient pas priver les parties de leur droit à un procès équitable et à être entendues de manière équitable (A/CN.9/668, par. 267 b)). Le paragraphe a été reformulé en conséquence en ajoutant une deuxième phrase. Les dispositions ajoutées devraient être examinées en même temps que les dispositions similaires qui se trouvent dans d'autres articles du projet de loi type révisée, comme le projet d'article 20-2 b). À cette session, le Groupe de travail a reporté l'examen des éventuelles exceptions à la divulgation (A/CN.9/668, par. 131).

¹⁶ Le présent paragraphe a été révisé conformément à la décision que le Groupe de travail a prise à sa quinzième session de lever toute ambiguïté concernant les mots "documents pertinents" et de prévoir, dans le paragraphe, des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, en expliquant dans le Guide que les considérations de confidentialité ne devraient pas priver les parties de leur droit à un procès équitable et à être entendues de manière équitable (A/CN.9/668, par. 267 a) et b)). Pour les questions relatives à la confidentialité des dispositions, voir la note précédente.

¹⁷ Ibid., en ce qui concerne les dispositions relatives à la confidentialité.

¹⁸ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui se fonde sur l'article 56 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

¹⁹ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Groupe de travail voudra peut-être se demander ce qui se passe au terme de la période déterminée de suspension de la passation; et quelle est l'instance qui détermine, et sur quelle base, si la réclamation répond aux conditions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1.

a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;

b) À moins que l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les raisons ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au dossier de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire²⁰.

2. L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou engage l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article 63 ou 64, selon le cas.

3. La décision de suspension ou de prorogation de la suspension, indiquant la durée de cette suspension ou prorogation, est promptement communiquée à tous les participants à la procédure de recours. Lorsqu'elle décide de ne pas suspendre la procédure de passation du marché pour les raisons indiquées au paragraphe 1 du présent article, l'instance de recours avise le fournisseur ou l'entrepreneur concerné de cette décision et de ses raisons. Toute décision prise conformément au présent article et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au dossier de la procédure de passation du marché.

Article 66. Recours judiciaire²¹

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément aux articles 61 et 65²² et des actions récursoires judiciaires intentées contre les décisions rendues par les instances de recours ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit par l'article 62 ou 63.

²⁰ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide expliquera que la présente disposition est prévue parce que les considérations d'intérêt général déterminées par l'instance de recours ne peuvent lier un tribunal.

²¹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui se fonde sur l'article 57 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

²² Ce renvoi supplémentaire a été proposé par les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat pour permettre de proroger la suspension de la passation au terme de la période de suspension accordée par l'instance de recours en vertu de l'article 65.

**C. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés)
sur les travaux de sa dix-huitième session
(New York, 12-16 avril 2010)
(A/CN.9/690)
[Original: anglais]**

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-9
II. Organisation de la session	10-15
III. Délibérations et décisions	16
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	17-155
A. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5)	17-37
B. Chapitre VI. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6)	38-51
C. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.7)	52-65
D. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 26 et 27, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.8)	66-93
E. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 et 2)	94-145
F. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et méthodes de sollicitation, et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.3)	146-155
V. Questions diverses	156-175

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568).

À cette session, il a décidé de continuer à ses sessions suivantes d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné les thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, notamment l'échange de communications par voie électronique et le recours aux moyens électroniques pour la soumission et l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de cette utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, notamment la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode autonome, les critères de leur utilisation, les types de passation à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, notamment leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième sessions (Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type révisée, pour des raisons qui seraient exposées dans le *Guide pour l'incorporation*. À sa quatorzième session, il a en outre examiné dans le détail la question des voies de droit et de l'exécution, ainsi que celle des conflits d'intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de loi type révisée et, bien qu'un certain nombre de points soient restés en suspens, dont le chapitre IV dans son intégralité, il s'est entendu sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009), le Groupe de travail a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d'une grande partie du projet de texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste du projet de loi type révisée. Le Secrétariat a également été chargé de revoir les projets de dispositions du chapitre premier.

7. À sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009), le Groupe de travail a achevé la lecture des chapitres I à IV du projet de loi type révisée contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 à 4, et a ensuite examiné les dispositions du chapitre V figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.5. Il a réglé la plupart des questions de fond restées en suspens dans les dispositions examinées et a demandé au Secrétariat d'en réviser certaines pour tenir compte des délibérations de la session.

8. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés et a de nouveau appuyé la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi que l'inclusion dans cette dernière de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en actualisant la Loi type et le *Guide*, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté un calendrier pour les délibérations de ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement le projet afin que la Loi type révisée, et son *Guide pour l'incorporation*, puissent être finalisés et adoptés dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

9. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées mais que quelques questions restaient en suspens. Elle a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions de textes sur ces questions pour que le Groupe de travail les examine. Elle a noté que le projet de loi type révisée n'était pas prêt pour qu'elle puisse l'adopter à cette session. On a souligné, toujours à cette session, qu'il importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-huitième session à New York, du 12 au 16 avril 2010. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bélarus, Bulgarie, Canada, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Grèce, Guatemala, Iran (République islamique d'), Liban, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

11. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Belgique, Croatie, Koweït, Panama, Philippines, République démocratique du Congo, Suède et Turquie. Y a également assisté un observateur de la Palestine.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque interaméricaine de développement (BID), Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA) et International Law Institute (ILI).

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

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteur: M. Seung Woo SON (République de Corée)

14. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.72);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8).

15. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Examen de propositions 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

16. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type.

¹ Élu à titre personnel.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Chapitre V. Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 21 à 23, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5)

Article 42. Appel d'offres en deux étapes

17. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait été révisé compte tenu des modifications convenues à sa dix-septième session.

18. En réponse à la question de savoir si les références à la notion de "comparaison" des propositions devraient être conservées aux côtés de la notion d'"évaluation" dans le paragraphe 4 f) de l'article et dans d'autres dispositions semblables de la Loi type, il a été admis que la notion d'"évaluation" englobait nécessairement celle de "comparaison". Il a donc été convenu de supprimer toutes les références à la "comparaison" des soumissions dans l'ensemble du texte.

19. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue

20. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait été révisé compte tenu des modifications convenues à sa dix-septième session. Il a rappelé qu'il n'avait pu, à cette session, examiner l'article dans son intégralité faute de temps.

21. En réponse à la question de savoir si la méthode devrait être utilisée uniquement pour la passation des marchés de services, le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, la Loi type révisée devrait proposer divers "outils" au choix et que toutes les méthodes de passation devraient pouvoir être utilisées dans tous les types de passations, quel que soit l'objet du marché, sous réserve des conditions d'utilisation énoncées au chapitre II.

22. Le Groupe de travail est convenu:

a) D'insérer, au paragraphe 2 h), une disposition (inspirée du libellé de l'article 32) prévoyant que le prix exigé, le cas échéant, pour la fourniture de la demande de propositions ne devrait refléter que le coût de distribution de la demande aux fournisseurs;

b) De supprimer les mots entre crochets dans le paragraphe 2 i) et j) et dans d'autres dispositions équivalentes de la Loi type. Il a également été convenu que le *Guide* devrait traiter du contexte dans lequel s'inscrivaient les dispositions ainsi supprimées;

c) De supprimer les mots entre crochets au paragraphe 5 n), considérés comme trop détaillés pour la Loi type et trop restrictifs dans certaines situations. Il a été dit que le *Guide* devrait donner des précisions sur le contenu des dispositions supprimées;

d) De conserver le paragraphe 9 dans sa formulation actuelle et de donner, dans le *Guide*, des précisions sur le sens de ses dispositions, en expliquant notamment qu'elles visaient à empêcher l'entité adjudicatrice de procéder aux modifications décrites (mais n'empêcheraient pas les fournisseurs de modifier leurs propositions à l'issue du dialogue). Une autre suggestion tendant à remplacer le texte proposé par un libellé qui incorporerait la définition de "modification substantielle", figurant à l'article 2 i), a suscité des objections. Il a été estimé qu'un tel libellé ne conviendrait pas à l'article 43, en particulier du fait que la définition faisait référence à la conformité et au classement des soumissions. Il a été proposé de reprendre, dans le *Guide*, le contenu de la note de bas de page 10 du document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5.

23. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives

24. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa dix-septième session, plusieurs commentaires avaient été formulés sur certaines dispositions de l'article mais que ce dernier n'avait pu être examiné en détail faute de temps.

25. On a appuyé l'idée de mentionner dans la Loi type même, par exemple dans son article 27, ou dans le *Guide* comme le faisait le texte de 1994, que cette méthode de passation ne convenait que pour les services de consultant (en d'autres termes les services à caractère intellectuel). De l'avis d'autres délégations toutefois, le fait de limiter, dans la Loi type, l'utilisation de cette méthode à ce type de services irait à l'encontre de l'approche consistant à proposer plusieurs "outils" au choix, approche qu'il avait été convenu de suivre pour réviser la Loi type. En conséquence, on a appuyé l'insertion dans le *Guide* d'un passage indiquant que cette méthode était appropriée en particulier, et recommandée par des donateurs multilatéraux uniquement, pour la passation des marchés de services de consultant. De cette manière, a-t-on dit, les dispositions de la Loi type gagneraient en souplesse et seraient davantage appliquées sur le long terme, aspect jugé nécessaire compte tenu de l'évolution rapide de la nature de l'objet du marché et de la manière dont les passations étaient conduites.

26. On a cependant émis des doutes sur l'opportunité d'une telle solution face à l'expérience accumulée dans le monde, d'où ressortait la nécessité d'établir une distinction entre la façon dont les services de consultant/à caractère intellectuel étaient acquis et celle dont la passation d'autres types de marchés était conduite. Cette expérience, a-t-on dit, montrait que les négociations consécutives étaient appropriées uniquement pour ces formes spécialisées de services. D'un autre côté, a-t-on déclaré, si cette méthode était limitée à un seul type de marché, il faudrait alors se demander si le recours à d'autres méthodes devait être limité de la même manière, question qu'il ne serait pas souhaitable de rouvrir. Après discussion, il a été convenu que le texte ne limiterait pas l'utilisation de la méthode mais que le *Guide* devrait en exposer l'historique et l'usage. Les utilisateurs pourraient alors restreindre le recours à cette méthode dans la pratique s'ils le souhaitaient.

27. En ce qui concerne l'alinéa a) du paragraphe 2, il a été demandé s'il serait souhaitable ou approprié de limiter les négociations aux questions de prix, du fait surtout que cette méthode serait utilisée principalement pour des services de

consultant, dans lesquels les aspects qualitatifs étaient essentiels. Il a donc été proposé de supprimer les mots figurant entre crochets dans cet alinéa. Cette proposition a recueilli un certain soutien, à condition que le renvoi à l'article 43-9 figurant dans le paragraphe 1 soit remplacé par une disposition interdisant toute modification substantielle (tel que ce terme était défini à l'alinéa i) de l'article 2) des conditions de la passation du marché suite aux négociations. Cette solution, a-t-on expliqué, tout en laissant une certaine souplesse quant aux aspects à négocier, ne permettrait pas de modifier le classement des fournisseurs résultant de l'évaluation des aspects techniques et qualitatifs des propositions.

28. Selon l'avis contraire exprimé par certaines délégations et certains observateurs, les dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 2 avaient fait leur preuve et devaient être conservées. On s'est inquiété de l'égalité de traitement des fournisseurs si les dispositions permettaient de négocier des critères autres que le prix lorsque les fournisseurs participant ne se voyaient pas tous donner la possibilité de prendre part aux négociations. On a souligné à cet égard, d'une part, les différences entre cette méthode et la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 43 et, d'autre part, les similitudes et différences entre cette méthode et la demande de propositions sans négociation traitée à l'article 41.

29. Il a été rappelé que, lors de ses délibérations sur l'article 41, le Groupe de travail était convenu de parler des "aspects financiers de la proposition" plutôt que du prix. Il a été invité à examiner s'il conviendrait d'apporter la même modification à l'article 44. Il est convenu d'apporter ladite modification étant entendu que le *Guide* expliquerait ce qu'il faudrait entendre par "aspects financiers" et préciserait en particulier qu'aucun aspect de la proposition qui avait été examiné pour déterminer la conformité des propositions et évaluer leurs caractéristiques qualitatives et techniques ne devrait ensuite pouvoir faire l'objet de négociations. Il est également convenu de supprimer, dans le paragraphe 1, le renvoi à l'article 43-9 et d'insérer une disposition interdisant toute "modification substantielle" (tel que ce terme était défini à l'alinéa i) de l'article 2) de la passation du marché pendant les négociations consécutives.

30. Le maintien du paragraphe 5 dans sa rédaction actuelle a été appuyé étant entendu que le *Guide* expliquerait que le mot "terminées" (employé dans ce paragraphe) et les mots "met fin" (figurant au paragraphe 3) signifiaient que le prix final proposé par un fournisseur avait été rejeté et que ce dernier n'était donc pas admis à participer à la suite de la procédure de passation. Ces mots, a-on-également expliqué, signifiaient que si l'entité adjudicatrice mettait fin aux négociations avec un ou plusieurs fournisseurs conformément à l'article 44-3 et 5, elle ne pouvait pas leur attribuer de marché. Selon un autre point de vue, cette approche serait trop stricte car l'entité adjudicatrice ne saurait quelle était en fait la meilleure offre qu'à l'issue de la procédure et, s'il ne devait pas lui être permis de rouvrir les négociations, elle devrait néanmoins être autorisée à accepter la meilleure offre (et à attribuer le marché au fournisseur qui l'avait proposée). Selon l'avis qui a prévalu cependant, l'entité ne devrait pas pouvoir attribuer le marché à un fournisseur si elle avait mis fin aux négociations avec lui.

31. En ce qui concerne la note de bas de page 31, on a appuyé l'idée d'envisager la possibilité d'une présélection dans cette méthode de passation. Il a été convenu de prévoir des dispositions dans ce sens.

32. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence

33. En raison du chevauchement observé entre les articles 43 et 45, il a été suggéré de supprimer le second. Selon un autre avis, étant donné les conditions d'utilisation énoncées dans le nouvel article 27 *bis* proposé (qui limitait cette méthode aux situations d'urgence et à la passation de marchés pour des motifs de défense nationale et d'autres motifs similaires), il fallait conserver l'article 45 comme variante à la sollicitation d'une source unique, mais non comme variante à la procédure de demande de propositions. Le Groupe de travail est convenu de conserver l'article 45 à la lumière de l'article 27 *bis* proposé. Il a demandé au Secrétariat de veiller à ce que le texte ne confonde pas les méthodes de passation utilisées dans des situations d'urgence et les autres types de passation fondés sur la négociation ou le dialogue.

34. L'avis a été exprimé qu'il fallait modifier l'article 27 *bis* même, en supprimant l'alinéa b) (qui autorisait l'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence en cas d'événement catastrophique) car cette situation était couverte de manière adéquate par la sollicitation d'une source unique dans l'alinéa b) de l'article 29. Selon un autre avis, tant l'article 27 *bis* que l'alinéa b) de l'article 29 devaient s'appliquer aux événements catastrophiques, mais le second devait en plus préciser les cas où le recours à la sollicitation d'une source unique, plutôt qu'à la négociation avec appel à la concurrence, serait autorisé (en faisant la distinction entre l'urgence extrême et l'urgence). Il a été convenu de retenir cette dernière approche, qui serait étayée par un commentaire dans le *Guide*. Ce dernier rappellerait en outre à l'entité adjudicatrice l'obligation générale, énoncée à l'article 25-2, d'assurer une concurrence maximale lorsqu'elle choisissait une méthode de passation de marché.

35. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

36. L'avis a été exprimé qu'il fallait introduire dans cet article l'obligation de négocier durant la procédure de sollicitation d'une source unique. Selon un autre avis, la possibilité de négociations était inhérente à cette méthode (raison pour laquelle elle figurait au chapitre V). Le Secrétariat a été prié d'envisager de revoir les dispositions pour y mentionner la nécessité de négocier. Il a aussi été convenu que le *Guide* devrait analyser plus en détail l'utilité pour l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela était possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs. Il a également été convenu que le *Guide* devrait en outre souligner que la sollicitation d'une source unique était la méthode à utiliser en dernier recours, une fois toutes les autres possibilités épuisées, et devrait encourager l'utilisation des accords-cadres pour anticiper les situations d'urgence.

37. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

B. Chapitre VI. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6)

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation de marchés

38. Le Groupe de travail a noté que cet article se fondait sur les précédents projets qu'il avait approuvés à ses sessions antérieures et qui avaient été restructurés pour établir une distinction claire entre les dispositions applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme méthode autonome de passation et celles applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation.

39. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Étant donné que l'adjectif "électronique" renvoyait au moyen à travers lequel une enchère inversée pouvait avoir lieu et non au contenu de l'enchère proprement dite, il a été proposé que le Secrétariat examine s'il conviendrait de remplacer le terme "enchère électronique inversée" par "enchère inversée menée par des moyens électroniques" ou par un terme analogue dans l'ensemble de la Loi type. À cet égard, le Groupe de travail a confirmé la décision qu'il avait déjà prise, selon laquelle seules les enchères en ligne devraient être autorisées, afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs;

b) Il a été proposé que les termes "enchère la plus avantageuse" et "meilleure enchère selon l'évaluation" soient employés pour désigner l'enchère à retenir (au lieu de "enchère la plus basse selon l'évaluation"). Conformément à sa décision d'employer le terme "offre la plus avantageuse" dans d'autres parties de la Loi type, le Groupe de travail a décidé de retenir le terme "enchère la plus avantageuse", étant entendu que le *Guide* devrait expliquer les raisons qui avaient motivé son choix;

c) Il a été proposé que les différences entre les enchères autonomes simples et complexes (à savoir les enchères fondées sur le prix et celles fondées sur le prix et d'autres critères) soient expliquées en détail dans le *Guide*. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

d) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 2, qui énuméraient le contenu de l'invitation à participer à la procédure de passation, soient abrégées moyennant un renvoi aux dispositions pertinentes figurant dans d'autres parties de la Loi type, comme le projet d'article 33. Le Groupe de travail, rappelant que cette solution avait été examinée dans de précédents projets mais que les experts consultés par le Secrétariat l'avaient jugée d'un usage moins facile, a décidé de conserver tel quel le paragraphe 2;

e) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 2 qui faisaient double emploi avec celles figurant à l'article 49-1 soient remplacées par un renvoi à l'article 49. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

f) Il a été proposé que le commentaire du *Guide* relatif au paragraphe 2 l) renvoie au paragraphe 4 a). Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

g) Il a été proposé que les dispositions des sous-alinéas i) à iii) du paragraphe 2 n) soient transférées dans le *Guide*, comme il était suggéré dans la note de bas de page correspondante. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il a également rappelé la décision qu'il avait déjà prise au cours de la session de transférer également dans le *Guide* les dispositions entre crochets figurant au paragraphe 2 i) (voir par. 22 b) ci-dessus);

h) Il a été proposé que le paragraphe 2 u) soit supprimé et que le libellé de ce paragraphe utilisé dans d'autres articles de la Loi type soit réexaminé. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

i) Il a été proposé que les dispositions du paragraphe 5 a) soient libellées comme suit: "La procédure d'enchère peut être précédée d'un examen et, si nécessaire, d'une évaluation des enchères initiales lorsque le marché doit être attribué à l'enchère la plus avantageuse". Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il est convenu que le *Guide* expliquerait quand il conviendrait de procéder à un tel examen et à une telle évaluation;

40. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos de la manière appropriée.

Article 48. Exigences particulières régissant la sollicitation de participation à une procédure de passation comportant une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution d'un marché

41. Le Groupe de travail a noté que cet article se fondait sur les précédents projets qu'il avait approuvés à ses sessions antérieures et qui avaient été restructurés pour établir une distinction claire entre les dispositions applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme méthode autonome de passation et celles applicables aux enchères électroniques inversées utilisées comme étape précédant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation.

42. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Abréger le titre de cet article et faire en sorte que les garanties pertinentes prévues à l'article 47 soient applicables *mutatis mutandis* aux enchères électroniques inversées utilisées en tant qu'étape d'autres méthodes de passation. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition;

b) Conserver le libellé figurant entre la première paire de crochets dans le chapeau du paragraphe 1. En réponse, on a exprimé la crainte que la disposition qui en résulterait n'autorise les enchères électroniques inversées dans n'importe quelle méthode de passation. Il a été proposé que la disposition exclue le recours à ce type d'enchères dans les méthodes de passation où une telle utilisation serait manifestement inappropriée. Un vif soutien a été exprimé en faveur du maintien du libellé figurant dans la première paire de crochets, sans modification et sans crochets, compte tenu des pratiques en vigueur dans certains pays et de l'évolution des pratiques qui laissait entrevoir la possibilité d'utiliser les enchères électroniques inversées dans diverses méthodes de passation, et aussi parce que cette utilisation était nuancée par les mots "selon le cas". Le Groupe de travail a approuvé ce point de vue, étant entendu que le *Guide* donnerait des précisions sur les méthodes de

passation dans lesquelles il conviendrait ou il ne conviendrait pas de tenir des enchères électroniques inversées, compte tenu des conditions d'utilisation de ce type d'enchères énoncées à l'article 28;

c) Remplacer la référence restrictive à une "formule mathématique" dans le paragraphe 1 a) par une référence plus générale à une méthode d'évaluation automatique, comprenant une telle formule, en s'inspirant du libellé similaire figurant dans l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

43. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos, de la manière appropriée.

Article 49. Inscription pour participer à l'enchère et délai pour tenir l'enchère

44. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait approuvé le projet d'article sans modification à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 222). Il a noté que certaines modifications avaient été nécessaires par la suite pour tenir compte des changements apportés à d'autres dispositions du projet de loi type révisée.

45. Le paragraphe 3, a-t-on dit, autorisait l'entité adjudicatrice à décider en toute subjectivité si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour participer à l'enchère était suffisant pour assurer une concurrence effective (et, partant, s'il fallait tenir ou non l'enchère). Il a été proposé de modifier la disposition en tenant compte de l'article 47-2 k), qui exigeait la divulgation préalable du nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin que celle-ci puisse se tenir. Il a donc été convenu de supprimer les mots "de l'avis de l'entité adjudicatrice" dans l'article 49-3.

46. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

47. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait approuvé le projet d'article sans modification à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 222). Il a noté que certaines modifications avaient été nécessaires par la suite pour tenir compte des changements apportés à d'autres dispositions du projet de loi type révisée.

48. Le Groupe de travail a noté que l'expression "enchère la plus avantageuse" serait employée dans l'article et a approuvé ce dernier.

Article 51. Exigences après la phase d'enchère

49. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé ce projet d'article sous réserve d'examiner ultérieurement l'emploi de l'expression "l'enchère la plus basse selon l'évaluation" (A/CN.9/668, par. 222).

50. Le Groupe de travail est convenu d'employer l'expression "enchère la plus avantageuse" dans l'article et de conserver "retient" de préférence à "peut retenir" dans les paragraphes 2 à 4, étant entendu que l'entité adjudicatrice aurait toujours la possibilité soit d'attribuer le marché à l'enchérisseur à retenir suivant, soit d'abandonner la passation. Le Groupe de travail est convenu que le *Guide* devrait

donner des précisions sur les risques de collusion si l'entité adjudicatrice était obligée d'accepter l'enchère à retenir suivante sans avoir la possibilité d'abandonner la passation.

51. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

C. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 29, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.7)

52. Le Groupe de travail a été informé du projet de version révisée des directives de la Banque mondiale concernant la passation – par des emprunteurs de la Banque – de marchés de fournitures, de travaux et de services autres que des services de consultant financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA (mars 2010). Il a pris note des dispositions suivantes du projet concernant les accords-cadres:

“3.6 Un accord-cadre est un accord à long terme avec des fournisseurs, des entrepreneurs et des prestataires de services autres que des services de consultant qui fixe les conditions dans lesquelles des marchés spécifiques (commandes) peuvent être passés pendant toute la durée de l'accord. Les accords-cadres sont généralement fondés sur des prix qui sont soit convenus préalablement, soit déterminés au moment de la commande par une mise en concurrence ou par une procédure autorisant leur révision sans autre mise en concurrence*. Ils peuvent être autorisés en lieu et place des méthodes de consultation des fournisseurs et d'appels d'offres nationaux pour: a) les fournitures disponibles dans le commerce ou d'usage courant avec des spécifications standard; b) les services autres que les services de consultant de nature simple et non complexe dont pourrait avoir besoin le même organisme (ou plusieurs organismes) de l'Emprunteur à différents moments; ou c) les marchés de très faible valeur portant sur des travaux dans le cadre d'opérations d'urgence. L'Emprunteur expose à la Banque, aux fins d'un avis de “non-objection”, les circonstances et les motifs qui justifient l'utilisation d'un accord-cadre, l'approche et le modèle particuliers adoptés, les procédures de sélection et d'attribution, et les conditions des marchés. Les accords-cadres devraient être limités à une durée maximum de trois ans. Les montants globaux maximum pour l'utilisation d'un accord-cadre sont indiqués dans le plan de passation des marchés compte tenu des risques, mais ne sont en aucun cas supérieurs aux seuils des appels d'offres nationaux, et sont convenus avec la Banque. Les accords-cadres respectent tous les principes directeurs et procédures relatifs aux appels d'offres nationaux figurant aux paragraphes 3.3 et 3.4, et notamment, mais non uniquement, ceux concernant la publicité, la concurrence équitable et ouverte, et les critères transparents d'évaluation et de sélection des offres. La publication de l'attribution de l'accord-cadre se fait suivant la procédure décrite au paragraphe 7 de l'Annexe 1.

* Les emprunteurs ont adopté différents modèles d'accords-cadres sous différents noms. Il existe trois modèles très couramment utilisés, fondés sur des méthodes de mise en concurrence fermée ou ouverte, en une ou deux étapes: i) “l'accord-cadre fermé”, fondé sur des critères prédéfinis, y compris pour l'attribution de “commandes”, signé avec un ou plusieurs fournisseurs/entrepreneurs et n'autorisant pas de nouveaux entrants pendant la durée de l'accord; ii) “l'accord-cadre fermé”, qui interdit les nouveaux

entrants mais qui se déroule en deux étapes: une première étape pour la sélection de plusieurs fournisseurs/entrepreneurs, et une deuxième étape pour l'attribution des commandes par une mise en concurrence des fournisseurs/entrepreneurs sélectionnés lors de la première étape; la commande est attribuée au candidat ayant remis l'offre évaluée la moins-disante sur la base du prix proposé et des conditions de livraison; et iii) "l'accord-cadre ouvert", qui se déroule également en deux étapes comme dans le modèle précédent, mais qui n'interdit pas la participation de nouveaux entrants.

53. Le Groupe de travail a noté que les directives n'avaient pas encore été approuvées, et qu'elles avaient été affichées sur le site Web de la Banque mondiale pour que des commentaires puissent être formulés. On s'est inquiété de ce que le projet proposé limitait les accords-cadres aux services autres que les services de consultant. Il a en outre été demandé pourquoi le projet limitait les accords-cadres aux opérations d'urgence dans le cas de marchés de travaux de très faible valeur.

Article 52. Attribution d'un accord-cadre fermé

54. L'article n'a suscité aucun commentaire. Le Groupe de travail l'a approuvé sans modification.

Article 53. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

55. Les propositions suivantes ont été faites, à propos desquelles le Groupe de travail a pris les décisions ci-après:

a) Il a été proposé que la référence à une ou plusieurs entités adjudicatrices soit conservée au paragraphe 1 et les crochets supprimés. Selon l'avis contraire, la notion de passation de marchés par de multiples entités ne présentait pas de différence qu'il s'agisse d'une procédure d'accord-cadre ou de toute autre procédure de passation. Il a donc été suggéré que les mots entre crochets soient supprimés et que le *Guide* explique que plusieurs entités adjudicatrices pouvaient être parties à un accord-cadre. L'autre solution proposée était d'aborder la question dans la définition du terme "entité adjudicatrice". Le Groupe de travail est convenu d'étudier plus avant cette question lors de l'examen de l'article 2 (Définitions);

b) Il a été proposé que l'alinéa a) du paragraphe 2 fasse référence non seulement au nombre d'années mais aussi au nombre de mois, étant donné que la durée de certains accords-cadres (en particulier ceux portant sur des biens tels que les produits informatiques, dont le prix pouvait fluctuer rapidement) pouvait se mesurer en mois et non en années. Le Groupe de travail est convenu de remplacer la fin de cet alinéa par les mots suivants, qui resteraient entre crochets: "[l'État adoptant spécifie un nombre maximum d'années ou de mois]";

c) Il a été proposé que l'adjectif "possible" soit conservé au paragraphe 2 d) ii) et dans d'autres dispositions similaires car l'autre adjectif proposé était trop restrictif. Selon l'avis contraire, l'adjectif "prévue" devait être employé car il encouragerait la planification de la passation des marchés. Si ce dernier adjectif a été jugé préférable, il a été dit que la fréquence avec laquelle les fournisseurs seraient invités à présenter des soumissions lors de la deuxième étape ne serait pas toujours prévisible et qu'il faudrait par conséquent tempérer les dispositions en insérant, au début, les mots "si nécessaire". On a fait observer que les informations sur la fréquence de la mise en concurrence lors de la deuxième étape ne liaient pas l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail est convenu de

conserver l'adjectif "prévue" et de traiter dans le *Guide* les autres questions soulevées;

d) Il a été proposé que le terme "soumission la plus avantageuse" soit retenu au paragraphe 2 d) iii). Le Groupe de travail a approuvé cette proposition. Il a rappelé la décision qu'il avait prise à sa dix-septième session et à sa session en cours (voir par. 39 b) plus haut), à savoir que le *Guide* expliquerait dans tous les cas pertinents pourquoi le Groupe de travail avait préféré le terme "offre/soumission/enchère la plus avantageuse" au terme "offre la plus basse selon l'évaluation", qui apparaissait dans la Loi type de 1994;

e) Il a été proposé que les dispositions du type prévu au paragraphe 3 b) figurent uniquement dans l'article relatif au procès-verbal de la procédure de passation (art. 23 du projet à l'étude). Il a été noté que le *Guide* renverrait à l'article 23 (où seraient regroupées les prescriptions concernant le procès-verbal) et on a donc recommandé une certaine souplesse quant à la mesure dans laquelle d'autres dispositions similaires seraient insérées dans ledit article. Selon un autre point de vue, les dispositions devaient être conservées dans l'article car elles prévoyaient une garantie procédurale importante, dont il ne serait peut-être pas tenu compte si elle figurait uniquement à l'article 23. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 3 b) dans sa rédaction actuelle tout en examinant cependant, au cas par cas, si des dispositions similaires devaient être conservées dans les autres articles de la Loi type;

f) Il a été proposé, au paragraphe 4, que l'adjectif "électronique" soit supprimé et que le mot "dispositif" soit remplacé par "moyen" ou par un terme similaire. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition et a rappelé qu'il avait précédemment décidé de traiter, en détail, dans le *Guide* les problèmes liés à l'utilisation de moyens électroniques de communication dans les procédures de passation de marchés, tels que les problèmes de sécurité.

56. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 54. Établissement d'un accord-cadre ouvert

57. En ce qui concerne le paragraphe 3 a), la suppression des mots entre crochets a bénéficié d'un certain soutien. D'autres délégations ont estimé que ces mots devaient être conservés et les crochets supprimés pour offrir une souplesse maximale, dont on a dit qu'elle pourrait être nécessaire par exemple dans les accords-cadres ouverts utilisés pour des passations transnationales. On a noté à l'appui de cette opinion les caractéristiques particulières des accords-cadres ouverts. Selon une délégation, en particulier, non seulement de nouveaux fournisseurs mais également de nouvelles entités adjudicatrices pourraient se joindre à tout moment à l'accord-cadre. Ce point de vue n'a pas été partagé par d'autres délégations, qui ont estimé que si un État voire, peut-être, plusieurs autorisaient l'adjonction d'acheteurs durant le fonctionnement de l'accord-cadre, les dispositions dans leur rédaction actuelle portaient du principe que toutes les entités adjudicatrices seraient identifiées dès le début. On a souligné à cet égard que cette information était importante pour les fournisseurs au moment de décider de devenir parties à l'accord-cadre. Selon le point de vue opposé, la Loi type devrait envisager la

possibilité que de nouvelles entités adjudicatrices se joignent à l'accord-cadre avec le consentement des fournisseurs qui y étaient déjà parties.

58. Selon une autre proposition, les dispositions en question pourraient être scindées de manière à faire une distinction entre l'entité adjudicatrice qui établissait l'accord-cadre ouvert et les autres entités adjudicatrices qui passaient des commandes sur le fondement de l'accord. Selon un point de vue exprimé, seule la première serait considérée comme étant l'entité adjudicatrice aux fins de la Loi type. Selon l'autre point de vue, qui a finalement prévalu, toute entité adjudicatrice passant une commande au titre de l'accord-cadre serait en fait considérée comme une entité adjudicatrice au regard de la Loi type. Ce principe était jugé essentiel pour que toutes les garanties s'offrant aux fournisseurs dans la Loi type s'appliquent aux relations entre ces derniers et une entité adjudicatrice passant commande. Le Groupe de travail est convenu d'examiner en temps utile la définition de l'entité adjudicatrice à l'article 2 pour vérifier que celle-ci prenait bien en compte les procédures d'accords-cadres. Il est également convenu que le paragraphe 3 a) devrait être révisé de sorte qu'il soit suffisamment souple pour permettre à plusieurs entités d'utiliser l'accord-cadre, que les fournisseurs soient suffisamment informés sur les modalités administratives de son fonctionnement, et que les parties à l'accord-cadre ainsi que les entités utilisatrices soient décrites de manière appropriée.

59. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 7 sans les crochets.

60. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus et des décisions qu'il avait prises à leur propos, de la manière appropriée.

Article 55. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

61. Notant qu'il faudrait modifier l'alinéa d) du paragraphe 1 en raison de la décision qu'il avait prise, précédemment au cours de la session, d'utiliser le mot "prévue" plutôt que "possible" dans des contextes similaires (voir par. 55 c) plus haut), le Groupe de travail a approuvé cet article.

Article 56. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

62. Notant qu'il faudrait peut-être modifier, le moment venu, les alinéas a) et c) du paragraphe 4 et qu'il faudrait supprimer le sous-alinéa ix) de l'alinéa b) de ce paragraphe, le Groupe de travail a approuvé cet article.

Article 57. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'un accord-cadre

63. On s'est demandé si l'emploi du terme "modification substantielle", tel qu'il était défini au projet d'article 2, était approprié dans un contexte où il était question de la "durée" de l'accord-cadre. Il a aussi été estimé que l'expression "pendant la durée d'un accord-cadre" ("during the operation of a framework agreement") était trop restrictive et que les dispositions devaient couvrir l'intégralité de la procédure d'accord-cadre de manière à ce que, en particulier, l'interdiction de toute modification substantielle s'applique au marché, ainsi qu'à la première étape de la procédure. On s'est interrogé sur les incidences que ces dispositions pourraient

avoir sur d'autres méthodes de passation, et on s'est demandé plus particulièrement si l'absence de dispositions aussi explicites dans d'autres méthodes de passation impliquerait que les modifications substantielles étaient autorisées.

64. La proposition de supprimer les mots "de la passation de marché" dans cet article a suscité des réserves, car on jugeait ces mots essentiels pour indiquer qu'aucune modification substantielle de la passation de marché ne devait être permise. À cela, on a répondu que la définition du terme "modification substantielle" traitait déjà ce point et que le Groupe de travail examinerait cette définition en temps utile. Il a été fait remarquer en outre que le terme "passation de marché" faisait l'objet d'une définition et que l'emploi de ce terme, tel qu'il était défini à l'article 2, n'était pas approprié à l'article 57.

65. Le Groupe de travail est convenu de conserver cet article en supprimant les mots "de la passation de marché", et d'examiner la définition du terme "modification substantielle" en temps utile, en tenant compte du fait qu'il était envisagé de l'employer dans deux articles, à savoir les articles 44 et 57. (Pour l'examen de la définition du terme "modification substantielle", voir par. 96 à 99 plus bas.)

D. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 26 et 27, et A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.8)

Article 61. Droit de recours

66. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257). Il a noté que l'article avait par la suite été sensiblement révisé suite aux consultations menées par le Secrétariat avec les experts.

67. L'article n'a suscité aucun commentaire. Le Groupe de travail l'a approuvé sans modification. Il a noté qu'il serait souhaitable d'expliquer dans le *Guide* que, hormis les personnes mentionnées dans l'article, plusieurs autorités publiques auraient le droit d'engager un recours dans le cadre du chapitre VIII.

68. Pour ce qui est du chapitre dans son ensemble, il a été dit que les dispositions devraient viser à garantir une procédure de recours efficace et que le chapitre abordait de nombreuses questions qui sortaient du cadre d'une loi type sur la passation de marchés. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, le chapitre contenait un ensemble minimum de dispositions visant à garantir l'efficacité des recours et que le *Guide* devrait de ce fait encourager les États adoptants à en incorporer toutes les dispositions si leur système juridique le permettait. Il a été pris note à cet égard de l'évolution des pratiques et des réformes actuelles concernant les mécanismes de recours dans la passation des marchés, qui visaient à garantir l'efficacité de ces mécanismes, et de la contribution que la Loi type révisée pourrait apporter dans ce domaine.

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle

69. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

- a) Il faudrait supprimer le début du paragraphe 1 car il était superflu;

b) La Loi type devrait prévoir un éventail plus large de possibilités en matière de recours, y compris celle d'introduire un recours judiciaire immédiat (auprès de la plus haute instance judiciaire plutôt que des instances inférieures) contre la décision d'une instance administrative de recours; il faudrait épuiser toutes les voies de recours administratif disponibles avant tout recours judiciaire; et il faudrait mentionner l'épuisement des recours internes. Pour ce qui est des deux derniers points, on a estimé qu'ils sortaient du cadre de la Loi type;

c) Au paragraphe 2 a), les mots "conditions de la sollicitation" englobaient en fait aussi tout additif qui pourrait être publié à la suite d'un éclaircissement ou d'une modification, et le *Guide* devrait préciser ce point;

d) Il faudrait supprimer la condition énoncée à la fin du paragraphe 2 b) ("à condition qu'aucune réclamation ne puisse être soumise après l'entrée en vigueur du marché"), car elle introduisait une limitation inutile. Il a été proposé que le *Guide* explique qu'une telle condition pouvait être utile dans certains pays où l'entité adjudicatrice ne pouvait pas annuler un marché mais qu'elle n'avait aucun intérêt dans les pays où l'entité adjudicatrice pouvait le faire;

e) Si l'on supprimait cette condition, il faudrait compléter la disposition pour empêcher les fournisseurs de compromettre l'entrée en vigueur du marché en présentant une réclamation juste avant la signature du marché. Le Groupe de travail n'a pas fini d'examiner cette question;

f) Le paragraphe 2 b) devrait établir, en ce qui concerne le délai de présentation d'une réclamation, un lien avec les dispositions relatives au délai d'attente et limiter la portée des réclamations pouvant être présentées sur son fondement, compte tenu en particulier du paragraphe 2 a);

g) Il faudrait insérer les mots "l'État adoptant spécifie le nombre de jours souhaité" entre les crochets figurant au paragraphe 2 b);

h) Les dispositions devraient prévoir la responsabilité des fournisseurs s'ils compromettaient intentionnellement l'entrée en vigueur ou l'exécution du marché. En réponse, l'avis a été exprimé que l'article 65 prévoyait déjà un moyen de traiter les réclamations non fondées.

70. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'article en tenant compte des propositions ci-dessus.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante

71. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Il faudrait supprimer le début du paragraphe 1;

b) Du fait que le chapeau du paragraphe 5 risquait d'être interprété comme permettant de conférer à l'instance administrative le pouvoir limité de n'accorder qu'une seule des réparations énumérées, le texte et le *Guide* devraient préciser que les dispositions visaient à faire en sorte que cette instance soit en mesure d'exercer tous les pouvoirs prévus afin de mettre en place un système de réparation efficace;

c) Les mots "sauf s'il déboute le requérant" devraient être supprimés du chapeau du paragraphe 5 et le rejet de la réclamation devrait être ajouté à la liste figurant dans ce même paragraphe;

d) Les alinéas a) à c) du paragraphe 5 devraient être supprimés car ils ne prévoyaient pas des “réparations” à proprement parler mais énonçaient plutôt des mesures que l’instance de recours prendrait habituellement durant la procédure de recours lorsqu’elle accorderait les réparations mentionnées aux alinéas d), e), g) et h). Selon l’avis opposé, il fallait conserver l’intégralité de la liste du paragraphe 5. On s’est inquiété de ce que certaines des réparations énumérées englobaient nécessairement les autres mesures figurant aussi dans la liste. En réponse, l’avis a été exprimé que l’instance administrative de recours n’accorderait pas toutes les réparations prévues mais seulement celles qui étaient appropriées en l’espèce et que son choix dépendrait de l’étape de la procédure de passation durant laquelle le recours était engagé. Il a été proposé de supprimer le mot “réparations” du chapeau du paragraphe 5, ou de le remplacer par une expression du type “mesures et réparations” (et de ne supprimer aucune des réparations énumérées dans le paragraphe). Une autre proposition du même ordre était de regrouper certaines des mesures énumérées dans ce paragraphe;

e) L’alinéa a) du paragraphe 5 devrait être fusionné avec le chapeau pour ne pas donner l’impression que la mesure qu’il énonçait se plaçait au même niveau que les autres réparations énumérées dans ce même paragraphe. À cet égard, on a exprimé la crainte en particulier que le pouvoir d’énoncer les règles ou les principes juridiques applicables ne constitue pas une réparation efficace. Selon le point de vue opposé, il fallait conserver l’alinéa a) et peut-être le développer car, dans certaines situations, l’énoncé des règles ou des principes juridiques applicables était probablement la seule mesure possible ou nécessaire pour une instance administrative de recours;

f) Il faudrait remplacer le mot “annuler” aux alinéas d) et h) du paragraphe 5 et dans toutes les autres dispositions où il apparaissait, par un autre terme qui ne sous-entende pas les conséquences qu’engendrerait la mesure prise. Le *Guide* devrait expliquer que le terme recouvrait tant les effets *ex nunc* que les effets *ex tunc*, selon qu’il convenait dans les circonstances de l’espèce et conformément au droit de l’État adoptant;

g) Il faudrait reconsidérer la mesure prévue à la fin de l’alinéa e) du paragraphe 5 (le fait que l’instance administrative de recours substitue sa propre décision à celle de l’entité adjudicatrice) car il n’était pas certain qu’elle soit utile et appropriée dans la pratique. On a exprimé la crainte que les dispositions, si elles étaient conservées, ne modifient la nature de l’instance administrative de recours, qui ne serait plus un simple organe de contrôle mais un organe de décision, et ne lui permettent de s’ingérer dans des décisions relatives à la passation de marché envisagée, qui devraient relever de la compétence exclusive de l’entité adjudicatrice. Ces dispositions, a-t-on noté, exigeraient que l’instance administrative de recours maîtrise les questions liées à la passation des marchés et connaisse la passation envisagée, ce qui en réalité n’était pas habituellement le cas. On a répondu que, dans certains systèmes, il était fréquent de conférer un tel pouvoir à une instance administrative de recours. Selon l’avis qui a prévalu, il fallait conserver telles quelles les dispositions, étant entendu que divers types de décisions étaient prises durant la procédure de passation et que l’instance administrative de recours devrait être en mesure de substituer ses propres décisions aux décisions illégales de l’entité adjudicatrice pour lesquelles elle avait l’autorité et la capacité de le faire;

h) L'alinéa e) du paragraphe 5 devrait rétablir les mots figurant à la fin de l'alinéa d) du paragraphe 3 de l'article 54 de la Loi type de 1994, à savoir "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché". Ces mots, a-t-on dit, fixaient une limite appropriée qui empêchait l'instance administrative de recours de substituer, à la décision de l'entité adjudicatrice, sa propre décision concernant l'attribution d'un marché. Selon le point de vue opposé, il ne fallait pas imposer de limite absolue de cet ordre: si le système juridique de l'État adoptant autorisait l'instance administrative de recours à substituer à la décision de l'entité adjudicatrice sa propre décision sur l'attribution du marché, cette possibilité devrait être préservée. Le Groupe de travail a rappelé à ce sujet qu'il avait décidé à une précédente session de ne pas reprendre les mots en question dans la Loi type révisée (du fait qu'il était convenu de prévoir la possibilité pour une instance administrative de recours d'annuler le marché entré en vigueur);

i) Les mots "confirmer une décision légale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle" devraient être ajoutés à l'alinéa e) du paragraphe 5;

j) Les deux options de l'alinéa f) du paragraphe 5 devraient être conservées comme dans la Loi type de 1994 (en rétablissant les deux options telles qu'elles étaient formulées dans le texte de 1994). En réponse à cette proposition, on a rappelé l'examen dont la réparation du préjudice éventuel avait fait l'objet au sein du Groupe de travail. Compte tenu des craintes qu'avait suscitées lors des précédentes sessions une disposition autorisant la réparation de ce type de préjudice, qui risquait notamment de compromettre la procédure de passation, il fallait, selon l'avis qui a prévalu, conserver les mots dans la première série de crochets à l'alinéa f) (et employer le verbe "est" plutôt que "peut être") et limiter la réparation au coût de la préparation de l'offre ou autre soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou encore à l'ensemble de ces coûts. Il a été noté que le *Guide* devrait expliquer que cette solution favoriserait un recours administratif rapide et efficace sans exclure toutefois la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel par voie judiciaire (ou devant des instances administratives de recours si le système juridique de l'État adoptant le permettait, ou par une action dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution avait commencé). Il a été noté que ce dernier point devrait être souligné dans le commentaire du *Guide* accompagnant l'alinéa f) et dans celui traitant de l'article 66 sur le recours judiciaire;

k) Il faudrait placer l'alinéa f) à la fin de la liste du paragraphe 5 pour montrer clairement que les dispositions s'appliquaient aux réclamations présentées avant l'entrée en vigueur du marché et à celles présentées après;

l) Il faudrait réexaminer la question de savoir s'il convenait d'inclure la mesure prévue à l'alinéa h) du paragraphe 5 dans une loi sur la passation de marchés. On a répondu que cette mesure pouvait être facultative. La proposition a suscité une opposition du fait que la liste énumérait des réparations possibles et que les dispositions étaient jugées essentielles dans un système de recours efficace. Le Groupe de travail a rappelé à cet égard qu'il avait décidé à sa précédente session de ne pas suivre l'approche de la Loi type de 1994, qui n'envisageait pas qu'une instance administrative de recours puisse annuler un marché entré en vigueur;

m) Il faudrait envisager d'imposer soit dans la Loi type, soit dans le *Guide* un délai dans lequel l'instance administrative pourrait le cas échéant annuler un

marché. On a fait observer que toutes les autres mesures de réparation avaient un lien avec des étapes de la procédure de passation qui précédaient l'entrée en vigueur du marché et qu'elles étaient donc limitées dans le temps, alors que la possibilité d'annuler le marché semblait ne pas être ainsi limitée;

n) Le texte suivant devrait être ajouté à la fin de la liste du paragraphe 5: "et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée dans les circonstances de l'espèce";

o) Le terme "instance administrative indépendante de recours" et non simplement "instance administrative de recours" devrait être employé dans le chapitre. On s'est inquiété de ce que, à l'exception de la modification apportée au titre de l'article 63, aucune disposition n'avait été insérée dans le projet de loi type révisée qui garantisse l'indépendance de l'instance administrative de recours. Il a été proposé que les dispositions de l'article contiennent au moins des règles minimales qui assurent l'indépendance de cette instance (par exemple concernant sa composition, en ce sens que les membres de l'instance devraient être indépendants des organismes publics concernés). Selon un autre avis, qui a finalement prévalu, la Loi type devrait poser le principe de l'indépendance de l'instance administrative de recours sans prescrire toutefois les modalités pour garantir cette indépendance, étant entendu que les moyens de la garantir varieraient d'un État à l'autre selon sa situation interne et que le *Guide* traiterait ces questions.

72. Le Groupe de travail a décidé que certaines des propositions présentées ci-dessus devraient être incorporées dans le paragraphe 5, qui serait alors révisé comme suit:

"Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce et a pouvoir de prendre une ou plusieurs des mesures suivantes:

a) [supprimé];

b) à d) [conservés tels quels, à l'exception du mot "annuler" à l'alinéa d), qui serait remplacé par un terme plus approprié, accompagné d'une note explicative dans le *Guide*];

e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle[, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché], ou lui substituer sa propre décision, ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle; [en indiquant dans le *Guide* que le texte entre crochets pourrait être omis dans les États adoptants où l'instance administrative de recours serait autorisée à substituer le marché];

f) [déplacé à la fin de la liste tel que révisé à la session en cours];

g) [conservé tel quel];

h) [conservé tel quel, à l'exception du mot "annuler", qui serait remplacé par un terme plus approprié, accompagné d'une note explicative dans le *Guide*];

i) Rejeter la réclamation;

j) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée, dans le cadre de la procédure de passation du marché, par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle et pour toute perte ou tout dommage subi, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou à l'ensemble de ces coûts;

et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée en l'espèce."

73. Il était entendu par le Groupe de travail que le *Guide* soulignerait le fait que le paragraphe 5 constituait un ensemble minimal de mesures devant pouvoir être prises par l'instance administrative de recours en fonction des circonstances, pour garantir un recours administratif indépendant et efficace. L'État adoptant serait par conséquent censé incorporer toutes les mesures énumérées à moins que, ce faisant, il ne viole sa Constitution ou ses autres lois. Le Groupe de travail a en outre noté que le *Guide* préciserait que le dernier membre de phrase ajouté aux dispositions du paragraphe 5 visait à garantir un recours efficace.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles [62 et 63]

74. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 267 et 268) mais qu'il avait reporté à une date ultérieure l'examen des exceptions possibles aux dispositions sur la divulgation (A/CN.9/668, par. 131). Il a été noté que le comité de rédaction informel avait ensuite proposé, en juillet 2009, de placer les mots "et le droit de demander que la procédure soit publique" entre crochets dans le paragraphe 3 pour un examen ultérieur afin, en particulier, de tenir compte des préoccupations exprimées à propos des motifs de défense et de sécurité nationales et d'autres motifs justifiant des exceptions à l'information du public. Le Groupe de travail a noté que certaines dispositions de l'article avaient été de nouveau révisées à l'issue des consultations entre le Secrétariat et les experts, en particulier s'agissant des exceptions à la communication d'informations pour des motifs de confidentialité, et suite aux délibérations de sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 267 b)).

75. Le Groupe de travail est convenu: a) d'employer le mot "réclamation" et non "demande" dans l'ensemble du chapitre pour assurer la cohérence; b) de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 3 en supprimant les crochets, étant entendu que ces dispositions devraient être lues conjointement avec le paragraphe 6, qui permettrait à l'instance de recours de ne pas accorder le droit de demander que la procédure soit publique pour des raisons de confidentialité; c) de remplacer la fin du paragraphe 3 par "le droit de produire des preuves, y compris des témoins"; et d) de conserver le paragraphe 7 sans crochets, ce qui devrait assurer une transparence adéquate et garantir que le procès-verbal de la procédure de passation de marché soit complet. Il a été noté que l'article 23-1 r) devrait être aligné sur le paragraphe 7 et exiger que la décision, plutôt qu'un résumé de la décision, soit versée au procès-verbal de la procédure.

76. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché

77. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article, qui se fondait sur l'article 56 de la Loi type de 1994, sans modification (A/CN.9/668, par. 269).

Paragraphe 1

78. Les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Les dispositions du chapeau du paragraphe 1 devraient clairement indiquer à quelle instance de recours une réclamation était présentée, en s'inspirant de l'article 56-1 de la Loi type de 1994 (par des renvois aux articles appropriés sur le fondement desquels étaient présentées les réclamations). Il a été demandé si des renvois aux articles 62 et 63, sans renvoi à l'article 66, seraient suffisants;

b) Il faudrait supprimer la référence à une "réclamation futile" au paragraphe 1 a), jugée superflue dans la mesure où une réclamation qui remplissait la deuxième condition ne pouvait pas être futile. Selon un autre avis, la notion de "réclamation futile" ne devait pas être abandonnée car, dans la pratique, il pouvait y avoir des réclamations manifestement inappropriées qui devaient être immédiatement rejetées, auquel cas il ne serait pas nécessaire d'en examiner le contenu pour démontrer qu'elles ne pouvaient pas aboutir;

c) Il faudrait envisager, pour remplacer le mot "futile", un autre terme qui traduirait mieux le sens recherché et s'appliquerait aussi à une réclamation destinée à entraver le processus. Le Groupe de travail a décidé, à titre provisoire, d'employer le terme "réclamation manifestement dénuée de fondement";

d) Il faudrait reformuler comme suit l'alinéa a) du paragraphe 1:

"1. La présentation d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours:

a) Sous réserve que:

i) La réclamation comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage grave s'il n'y a pas suspension de la procédure;

ii) La réclamation ne soit pas manifestement dénuée de fondement et qu'il soit, par conséquent, probable qu'elle aboutisse;

iii) L'octroi d'une suspension n'entraîne pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;"

e) L'alinéa a) du paragraphe 1 pourrait aussi être reformulé comme suit:

"1. La présentation d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours:

a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas manifestement dénuée de fondement et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que:

i) Le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage grave s'il n'y a pas suspension de la procédure;

ii) La réclamation aboutira vraisemblablement; et

iii) L'octroi d'une suspension n'entraînerait pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;"

f) La question des déclarations frauduleuses pouvant être faites dans le cadre du paragraphe 1 a) devrait être régie par d'autres branches du droit.

79. On a exprimé des craintes au sujet des différentes formulations proposées ci-dessus pour le paragraphe 1 a), car elles ne changeaient rien au caractère superflu de la disposition évoqué plus haut: si la réclamation était à première vue manifestement dénuée de fondement, elle ne pouvait pas aboutir. À l'issue de la discussion qui a suivi, le Secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe 1 en tenant compte des principes suivants:

a) La suspension ne serait pas automatique si la réclamation était à première vue manifestement dénuée de fondement;

b) Si la réclamation n'était pas à première vue manifestement dénuée de fondement, elle devrait comporter une déclaration indiquant que le fournisseur ou l'entrepreneur subirait un dommage grave si la procédure n'était pas suspendue et que la réclamation aboutirait vraisemblablement. Il incombait au fournisseur ou à l'entrepreneur de démontrer ou de prouver le contenu de cette déclaration;

c) Si l'entité adjudicatrice voulait contester une suspension automatique ou avait l'intention de ne pas appliquer une suspension, dans les situations décrites au point b) ci-dessus, elle aurait la charge de prouver que la suspension entraînerait ou aurait entraîné un préjudice disproportionné pour elle-même ou pour d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou que les conditions visées à l'article 65-1 b) étaient réunies. Une réserve a également été émise quant à la possibilité pour l'entité adjudicatrice de contester une suspension automatique;

d) Les dispositions devraient indiquer clairement à qui la déclaration et la preuve des conditions visées aux points a) à c) susmentionnés devaient être fournies.

Notes de bas de page 16 et 17

80. Pour ce qui était de la note 16, le Groupe de travail a été invité à examiner la question de savoir, d'une part, s'il devait y avoir une nouvelle suspension de courte durée pour permettre un appel une fois qu'il avait été statué sur la réclamation et, d'autre part, qui déterminait, et sur quel fondement, si la réclamation remplissait les conditions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1. Il a été suggéré que le paragraphe 2 traite ces questions.

81. L'idée que le contenu des notes 16 et 17 soit uniquement reflété dans le *Guide* a été appuyée. Il a également été proposé de déplacer le paragraphe 2 pour l'insérer dans le *Guide*. Le Groupe de travail n'a pas accepté cette proposition.

Paragraphe 4

82. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 4 en supprimant les crochets.

Article 56-2 de la Loi type de 1994

83. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quatorzième session, il avait décidé de ne pas intégrer les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée, en raison de l'adoption d'un délai d'attente (A/CN.9/664, par. 71). Il a aussi rappelé que le projet d'article 20-3 prévoyait qu'il pourrait ne pas y avoir de délai d'attente dans certaines conditions. Au vu de ces éléments, le Groupe de travail a examiné s'il fallait rétablir les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée. Si cette proposition a été appuyée, l'avis a aussi été exprimé que les dispositions en question devraient uniquement être applicables en l'absence d'un délai d'attente.

84. Le Groupe de travail a décidé de rétablir les dispositions de l'article 56-2 dans la Loi type révisée, après le paragraphe 2 de l'article 65, sans faire référence à un délai d'attente.

Délais de présentation des réclamations

85. On s'est inquiété de ce que les délais de présentation des réclamations visés aux articles 62 et 63 (et, par conséquent, la période pendant laquelle il serait possible de suspendre le marché) étaient illimités. Le Groupe de travail a été invité à envisager de définir des délais raisonnables au terme desquels il ne devrait plus être possible de connaître d'une réclamation.

86. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler les dispositions concernées pour prévoir un délai de présentation des réclamations, délai qui déterminerait à son tour la période pendant laquelle il serait possible de suspendre le marché. On a proposé de faire courir le délai à partir de la date de publication de l'avis d'attribution, lorsque celle-ci était requise, ou de la date à laquelle l'avis d'attribution était communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs, en application de l'article 20-10. Il a aussi été proposé de laisser aux États adoptants le soin de définir le délai, comme cela avait été le cas pour le délai d'attente, et d'attirer leur attention sur la nécessité d'aligner tous les délais qui étaient laissés à leur appréciation dans l'ensemble de la Loi type. Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard l'examen des mêmes questions qui se posaient en cas d'échec d'une procédure de passation (c'est-à-dire une procédure qui n'aboutissait pas à la conclusion d'un marché).

87. On s'est inquiété de ce que la Loi type ne précisait pas si les délais devaient être exprimés en jours calendaires ou en jours ouvrables. Le Secrétariat a été prié de l'indiquer clairement lorsqu'il reformulerait les dispositions concernées et d'expliquer dans le *Guide* que, pour de brefs délais, il faudrait utiliser les jours ouvrables.

88. Le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à la session en cours.

Article 66. Recours judiciaire

89. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quinzième session, il avait approuvé le projet d'article, fondé sur l'article 57 de la Loi type de 1994, sans le modifier (A/CN.9/668, par. 269).

90. Il a été proposé de développer cet article pour en accroître l'efficacité, en incorporant le contenu des articles 62 à 65, notamment les dispositions garantissant la régularité de la procédure et la transparence, celles sur les réparations possibles et celles sur la suspension de la procédure de passation ou la suspension de l'entrée en vigueur ou de l'exécution du marché. Des réserves ont été émises au sujet de cette proposition, au motif que ces questions seraient régies, ou étaient censées l'être, par un corps de règles distinct dans les États adoptants, de manière à ne pas compromettre l'indépendance de l'ordre judiciaire. On a aussi noté que certaines dispositions des articles 62 et 65 ne seraient pas appropriées ou applicables dans le contexte des recours judiciaires. Le Groupe de travail a souligné qu'il ne fallait pas restreindre involontairement les pouvoirs plus étendus des tribunaux (tels que celui d'accorder réparation pour les coûts éventuels ou d'octroyer des mesures provisoires). Une autre proposition consistait à reformuler l'article pour tenir compte des prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption². On s'est par ailleurs demandé s'il n'était pas préférable d'examiner les moyens de mettre en place un recours judiciaire efficace uniquement dans le *Guide*.

91. On a exprimé la crainte que certains pays ne reconnaissent pas les procédures des articles 63 à 65, comme l'indiquait une note relative à l'article 63, et qu'ils ne prévoient qu'un recours judiciaire. Il a été noté que, de ce fait, les garanties prévues dans ces articles ne seraient peut-être pas disponibles dans ces pays. On a souligné que, si les articles 61 à 65 n'étaient pas adoptés, ces garanties devraient être intégrées dans la procédure de recours judiciaire.

92. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'incorporer des dispositions supplémentaires dans le chapitre VIII, destinées aux pays qui n'adopteraient pas les articles 62 à 65, pour que les garanties évoquées ci-avant existent dans la procédure de recours judiciaire.

93. Il a été suggéré que le commentaire du *Guide* relatif au chapitre VIII fasse référence aux dispositions applicables de la Convention des Nations Unies contre la corruption. On a aussi noté que ce commentaire devrait examiner, en s'inspirant de la note 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.2, l'importance d'autres branches du droit et d'autres instances lorsqu'un recours était déclenché, par exemple, du fait d'un acte de fraude ou de corruption (y compris la nécessité d'alerter les autorités concernées pour que des mesures appropriées soient prises).

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

E. Chapitre I. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 et 2)

Préambule

94. On a exprimé la crainte que le libellé de l'alinéa b) concernant la nationalité ne laisse entendre que l'on favorisait de manière générale la concurrence nationale, plutôt qu'internationale. Il a par conséquent été proposé de supprimer les mots "en particulier, le cas échéant, leur participation" de cet alinéa. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

Titre et article premier

95. Le titre et l'article premier du projet n'ont suscité aucun commentaire.

Article 2. Définitions

"Modification substantielle"

96. On s'est inquiété de ce que la définition ne mentionnait pas l'un des principaux risques liés à une modification substantielle, à savoir que le groupe de fournisseurs potentiels soit affecté. On a proposé de revoir cette définition pour qu'elle fasse référence à une telle conséquence.

97. Il a été noté que, suite aux délibérations de la session en cours, la Loi type révisée interdirait toute modification substantielle dans le contexte de l'article 44 (négociations consécutives) et de l'article 57 (procédures d'accords-cadres). On s'est inquiété du fait qu'aucune interdiction de ce genre n'était envisagée dans l'article 14 (clarification et modification du dossier de sollicitation). Il a été demandé quelles conséquences pouvait avoir une modification substantielle de la passation si celle-ci intervenait lors de la modification du dossier de sollicitation. Le Groupe de travail a été invité à examiner les possibilités suivantes:

a) Interdire de façon générale toute modification substantielle durant la procédure de passation, interdiction qui s'appliquerait à toutes les méthodes de passation, à de rares exceptions près, comme la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 43). Il était entendu que, dans ces cas, une modification substantielle devait entraîner une nouvelle procédure de passation;

b) Autoriser les modifications substantielles, à condition qu'elles soient publiées ou diffusées de la même manière que la sollicitation initiale. On a noté qu'il fallait adopter une approche plus souple pour certaines méthodes de passation, comme la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 43).

98. Le Groupe de travail a admis qu'il serait difficile de formuler une définition des actes pouvant entraîner une modification substantielle qui convienne à toutes les situations où se justifiait l'interdiction de ce type de modification. Il a prié le Secrétariat de réviser la définition pour y indiquer qu'une modification substantielle s'entendait de la modification de n'importe quel aspect de la passation du marché qui produisait les effets décrits à la fin de cette définition. Il faudrait en outre réviser l'article 14 et, au besoin, d'autres articles de la Loi type pour y prévoir l'obligation de rendre publique toute modification comme indiqué ci-dessus (ou exiger une nouvelle passation lorsque cela était nécessaire). Il a aussi été dit que les

dispositions de l'article 14-2 devraient renvoyer à l'article 13 *bis*-3, afin que la date limite de soumission soit reportée de façon appropriée en cas d'additif modifiant la sollicitation émis par l'entité adjudicatrice.

99. Le Secrétariat a également été invité à envisager de mentionner dans le *Guide* qu'il y avait "modification substantielle" lorsque, pour des motifs de concurrence, d'efficacité, d'équité ou pour d'autres motifs, l'entité adjudicatrice devait rouvrir une passation car la nature du marché – les biens ou services devant être acquis par exemple – avait tellement changé que la mise en concurrence initiale n'avait pas permis aux soumissionnaires potentiels ou autres d'être équitablement informés de ses véritables besoins. Il a été rappelé que la question de la modification substantielle d'un marché n'avait pas été examinée et qu'elle devrait faire l'objet de délibérations futures.

"Documentation de préqualification"

100. Il a été convenu de conserver la définition sans les crochets.

"Passation de marché"

101. Le Secrétariat a été prié de revoir les mots "par un moyen quelconque".

"Entité adjudicatrice"

102. Il a été proposé de modifier la définition afin d'y prévoir la possibilité pour plusieurs entités adjudicatrices de devenir parties à un accord-cadre. Une autre proposition était de modifier la définition du terme "passation de marché public" pour y introduire cette possibilité. La question de la pluralité des entités adjudicatrices ne se posait pas, a-t-on estimé, uniquement dans le contexte des accords-cadres.

103. La modification à cette fin de la définition du terme "passation de marché public" a suscité des réserves. On a noté que cette définition avait pour principal objet de souligner que la Loi type s'appliquait aux marchés publics et non à la passation des marchés privés. Le Groupe de travail a décidé d'adopter la première proposition mentionnée au paragraphe 102 ci-dessus. Il a également été convenu de supprimer les mots "du présent État" dans la définition du terme "entité adjudicatrice" pour tenir compte des passations transnationales.

"Politiques socioéconomiques"

104. Des doutes ont été émis sur la nécessité d'une telle définition. On s'est inquiété de ce que sa formulation était si générale qu'elle permettait de considérer presque toutes les politiques comme des politiques socioéconomiques de l'État. Selon le point de vue opposé, il fallait conserver la définition car elle prévoyait une garantie importante obligeant à définir les politiques socioéconomiques dans la législation.

105. Il a été proposé de supprimer le passage entre crochets ainsi que les mots "et autres". Cette proposition a été appuyée. Face à l'inquiétude suscitée par la suppression des mots "et autres", il a été demandé quelles politiques autres qu'environnementales, sociales et économiques pouvaient être visées. Étant entendu que la définition visait non seulement les mesures dans le domaine environnemental,

social ou économique mais aussi celles à caractère politique, et que leur application dans les passations de marchés devrait être permise, à condition que la règle de transparence exigeant qu'elles soient mentionnées dans la législation ou la réglementation soit respectée, les mots "et autres" devraient être conservés dans la définition selon l'avis qui a prévalu.

106. Le Groupe de travail est donc convenu de conserver la définition en supprimant le passage entre crochets et en maintenant les mots "et autres". Il a été convenu d'expliquer dans le *Guide* que la définition, en faisant référence à "d'autres" politiques socioéconomiques, n'entendait pas que la liste de ces politiques était ouverte mais renvoyait plutôt aux politiques mentionnées dans la législation de l'État adoptant et à celles qui pouvaient découler de règles internationales, comme les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU.

107. Il a aussi été dit au Groupe de travail que la pratique de certains États montrait que plusieurs organes étaient normalement compétents pour adopter des politiques socioéconomiques. Le Secrétariat a été prié de revoir les commentaires dans la note de bas de page 16 (dont le contenu pourrait figurer dans le *Guide*) pour tenir compte de ces pratiques.

"Sollicitation"

"Sollicitation directe"

108. Les avis ont divergé à propos du maintien ou non, dans la définition, du mot "exceptionnelle". Après discussion, le Groupe de travail a décidé de le supprimer.

"Délai d'attente"

109. Il a été proposé de remplacer les mots "décision prévue" par "attribution prévue" et de supprimer le reste de la définition. Cette proposition a suscité des inquiétudes car elle ne tenait pas compte de la possibilité que l'entité adjudicatrice attribue le marché à la soumission à retenir suivante ou qu'elle abandonne la passation suivant les conditions énoncées dans la Loi type.

110. Le Secrétariat a été prié d'aligner la définition sur l'article 20-2 pour que le sens de cet article ressorte plus précisément.

"Soumission à retenir"

111. Il a été convenu de supprimer la définition.

Autres définitions

112. Aucun commentaire n'a été formulé au sujet des autres définitions de l'article.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

113. Il était entendu que le *Guide* expliquerait les références aux traités et leurs effets sur l'application de la Loi au niveau national. Il expliquerait en particulier que des règles plus strictes pourraient s'appliquer mais que les obligations

internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties fondamentales de la Loi type.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

114. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 5. Publication des textes juridiques

115. On s'est inquiété des mots "et actualisées si nécessaire" figurant à la fin du paragraphe 2. Le Groupe de travail est convenu de supprimer ces mots.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

116. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 7. Communications dans la passation des marchés

117. Il a été proposé que le *Guide* explique: a) que, dans les passations mettant en jeu des informations classifiées, ces informations pourraient être insérées dans un appendice au dossier de sollicitation qui ne serait pas rendu public, contrairement au reste du dossier; et b) qu'on pourrait modifier les moyens de communication en publiant un additif au dossier de sollicitation initial.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

118. Les propositions suivantes ont été faites au sujet de l'alinéa a) du paragraphe 1:

a) L'alinéa devrait mentionner la "loi" et non les "règlements en matière de passation des marchés", car certains pays n'avaient peut-être pas adopté de tels règlements;

b) L'alinéa devrait être reformulé ou supprimé afin de ne pas prévoir le droit automatique de recourir à la passation de marché national lorsque la valeur du marché était peu élevée. On a exprimé l'avis qu'il était possible de limiter la concurrence en appliquant des politiques socioéconomiques, comme l'autorisait la Loi type, et que l'objectif ici était de permettre une plus grande efficacité dans la passation lorsque la concurrence internationale n'intervenait pas. L'avis a également été exprimé que les dispositions étaient en contradiction avec l'un des objectifs de la Loi type, à savoir promouvoir la concurrence internationale. À l'appui de cet avis, on a aussi déclaré que les dispositions aboutiraient à un traitement injuste ou inégal et auraient des incidences négatives en limitant le choix des possibilités et la liberté de participation;

c) L'alinéa devrait être conservé sous sa forme actuelle étant donné que de nombreux systèmes, y compris celui de la Banque mondiale, prévoyaient le recours à la passation de marchés nationaux, et que les efforts faits pour ouvrir les marchés aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers n'avaient pas un caractère universel. Il a été ajouté que si les amendements proposés limitaient excessivement les dispositions, les États adoptants n'en tiendraient tout simplement pas compte;

d) L'alinéa devrait être reformulé afin d'établir un meilleur équilibre entre, d'une part, la promotion de la concurrence et, d'autre part, la reconnaissance du

droit souverain d'utiliser le système de passation dans le but de promouvoir le développement local et les entreprises locales. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des principes directeurs qui avaient présidé à la rédaction des dispositions de l'article 8 était que l'État était libre d'utiliser la passation de marchés pour promouvoir ses politiques socioéconomiques et autres dans la mesure où celles-ci étaient rendues publiques et appliquées dans la transparence tout au cours du processus de passation;

e) L'alinéa devrait être conservé et le *Guide* devrait expliquer ce qu'on entendait par marché de faible valeur afin d'éviter que l'État adoptant ne fixe un seuil élevé pour soustraire à la concurrence internationale la plus grosse partie de ses passations. Il a été noté que le seuil fixé pour les marchés de faible valeur ne serait pas le même dans tous les États adoptants et qu'il serait impossible de définir un seuil unique pour tous ces États. Toutefois, le *Guide* devrait promouvoir une interprétation commune de la notion de faible valeur;

f) Les dispositions devraient être reformulées pour exiger à la fois la prise en considération de la faible valeur du marché et une absence prévisible d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers pour la passation en question, en s'inspirant à cet égard des dispositions de l'article 23 de la Loi type de 1994. Il a été rappelé que les dispositions du texte de 1994 signifiaient que, même si l'entité adjudicatrice soumettait la passation à la concurrence internationale, en l'absence d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, il n'y aurait pas de participation internationale;

g) Le fait de rétablir les dispositions de la Loi type de 1994 supprimerait l'interdiction générale faite aux étrangers de participer à la passation de marchés de faible valeur. L'avis a été exprimé que les fournisseurs étrangers devraient être autorisés à participer à ce type de passation s'ils choisissaient de le faire, mais (conformément à l'approche retenue dans la Loi type de 1994), l'entité adjudicatrice ne serait pas tenue d'appliquer certaines procédures intéressant uniquement la passation de marchés internationaux (par exemple, publication de la sollicitation dans un journal de grande diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international).

119. À propos des autres paragraphes du texte, les propositions suivantes ont été faites au Groupe de travail:

a) Le paragraphe 1 b) devrait mentionner les politiques socioéconomiques de l'État. Selon l'avis opposé, ces dispositions, qui se fondaient sur les dispositions équivalentes de la Loi type de 1994, devraient être maintenues telles qu'elles étaient libellées;

b) Le paragraphe 2 devrait employer les mots "À moins qu'elle n'y soit tenue ou autorisée" afin de prévoir la possibilité de ne pas laisser des fournisseurs ou entrepreneurs participer à la procédure de passation suite à une mesure d'exclusion;

c) Le paragraphe 4 devrait être maintenu sans crochets;

120. Le Groupe de travail est convenu: i) de réviser l'alinéa a) du paragraphe 1 en s'inspirant du texte de l'article 23 de la Loi type de 1994; ii) de conserver l'alinéa b) tel qu'il était libellé; iii) de reformuler le paragraphe 2 dans le sens

proposé; iv) de maintenir le paragraphe 4 sans crochets; et v) de reconsidérer la nécessité de donner une définition des politiques socioéconomiques.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

121. S'agissant du début du paragraphe 2 placé entre crochets, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il fallait rétablir le libellé de 1994. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de fusionner le libellé de 1994 et le texte actuel.

122. Le Groupe de travail a approuvé la proposition de supprimer du paragraphe 2 i) les mots "les normes éthiques et autres applicables" et de les mentionner en tant que condition distincte sans rapport avec l'aptitude à exécuter le marché.

123. Une proposition tendant à remplacer au paragraphe 4 les mots "est énoncée" par le verbe "renvoyer" n'a pas obtenu de soutien. Il a été pris note des raisons de cette proposition, en particulier que, dans certains pays, les conditions standard relatives aux qualifications figuraient dans les règlements en matière de passation des marchés, et la documentation de préqualification renvoyait alors auxdits règlements au lieu de reproduire ces conditions. On a toutefois fait observer que, pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement, la Loi type exigeait que toutes les conditions soient énoncées dans le dossier de sollicitation et la documentation de préqualification. Il a été proposé que le *Guide* indique qu'il serait satisfait aux exigences du paragraphe 4 si la documentation de préqualification ou le dossier de présélection renvoyaient aux conditions relatives aux qualifications qui se trouvaient énoncées dans des sources à la fois transparentes et facilement accessibles.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

124. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'envisager de reformuler, au paragraphe 2, la référence générale aux "obstacles" à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché. Il a en outre été convenu que le paragraphe 5 b) devrait parler de conditions normalisées.

125. Il a été proposé que le paragraphe 3 soit formulé sous forme d'obligation. En réponse, on a fait valoir qu'il ne serait pas nécessairement exigé que tous les éléments énumérés figurent dans la description de l'objet du marché. Il a été proposé d'indiquer dans le *Guide* que la description devait être suffisamment précise.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

126. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

127. Il était entendu que le *Guide* expliquerait que les estimations devaient être utilisées par l'entité adjudicatrice à des fins internes et ne devaient pas être divulguées aux fournisseurs.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

128. L'article n'a suscité aucun commentaire.

Article 13 bis. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions

129. Le Groupe de travail est convenu d'indiquer dans le *Guide* que: i) le mécanisme de présentation des soumissions devrait être raisonnablement accessible aux fournisseurs; ii) les règlements en matière de passation des marchés devraient spécifier un délai minimum dans lequel devraient être présentées les soumissions pour chaque méthode de passation de marché (à cet égard, il a été fait référence aux dispositions de l'article XI-2 de l'AMP de l'OMC pour les procédures ouvertes, qui exigeait un délai d'au moins 40 jours); iii) un tel délai devrait être suffisamment long en cas de passation de marchés internationaux complexes afin que les fournisseurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions; iv) les défaillances des systèmes de présentation électronique des soumissions et la répartition des risques devraient être traitées dans le *Guide* et les règlements en matière de passation des marchés.

Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation

130. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises pendant la session en cours concernant l'article 14 (voir par. 97 et 98 ci-dessus), en particulier qu'il faudrait insérer, dans le paragraphe 2, un renvoi au paragraphe 3 de l'article 13 *bis* et que l'article devrait aborder la question d'une modification substantielle dans le dossier de sollicitation.

Article 15. Garanties de soumission et article 16. Procédure de préqualification

131. Les articles ont été adoptés sous réserve de modifier les alinéas g) et h) de l'article 16-3 pour tenir compte des décisions antérieures du Groupe de travail concernant des dispositions similaires figurant à l'article 43 (voir par. 22 b) plus haut).

Article 17. Abandon de la passation de marché

132. Il a été proposé de faire référence, dans le paragraphe 1, à l'abandon pour un motif justifié et d'expliquer dans le *Guide* ce que pourraient être ces motifs, par exemple l'intérêt général. Le Groupe de travail a rappelé le long examen dont cette question avait fait l'objet à ses sessions antérieures, ainsi que la solution de compromis qui avait été retenue en conséquence dans le projet actuel, laquelle visait à laisser à l'entité adjudicatrice une certaine souplesse pour abandonner la passation, tout en prévoyant dans le paragraphe 3 sa responsabilité en cas d'abandon résultant de manœuvres irresponsables.

133. Il a été proposé de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 1 et de supprimer les crochets. Une autre proposition était de conserver les mots et d'ajouter le membre de phrase "ou après tel qu'expressément prévu par la Loi type". À cet égard, on s'est référé à l'article 20-8. La différence entre les articles 17 et 20-8 a toutefois été soulignée: à l'article 17, l'abandon était laissé à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, alors qu'à l'article 20, il résultait du fait que le fournisseur retenu n'avait pas signé le marché ou n'avait pas soumis de garantie

de bonne exécution du marché (exigences qui seraient indiquées dans le dossier de sollicitation). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le texte sur ce point pour assurer la cohérence entre les dispositions en question.

134. Il a été convenu de conserver les mots figurant entre crochets dans le paragraphe 2 et de supprimer les crochets.

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

135. L'article a été adopté sous réserve du maintien des dispositions figurant entre crochets et de la suppression des crochets.

Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

136. Il a été proposé que le *Guide* se réfère aux règles internationales applicables concernant la corruption, explique que ces règles allaient évoluer, et encourage les États adoptants à examiner les normes applicables au moment de l'incorporation de la Loi type. Le *Guide* devrait en outre souligner que l'article se voulait conforme aux normes internationales et qu'il devrait proscrire tout acte de corruption quelles qu'en soient la forme et la définition.

137. L'article a été adopté sous réserve du maintien des dispositions figurant entre crochets et de la suppression des crochets.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

138. En ce qui concerne les deux options présentées à l'alinéa c) du paragraphe 2, deux propositions ont été faites, la première étant de fusionner les deux options et la seconde de conserver la première option (en expliquant dans le *Guide* que le délai devrait être suffisamment long). Le Groupe de travail a approuvé la seconde proposition (de conserver la première option dans le texte de la Loi type et d'insérer une explication appropriée dans le *Guide*). Il a approuvé l'article tel que révisé, en conservant les dispositions du paragraphe 3 c) sans les crochets.

Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

139. En ce qui concerne les deux variantes proposées entre crochets au paragraphe 3, les avis ont divergé sur la question de savoir laquelle des deux ("peuvent indiquer", variante plus souple, ou "indiquent") conviendrait dans les dispositions. Selon l'avis qui a prévalu, le mot "indiquent" devrait être employé.

Article 22. Confidentialité

140. Le libellé du paragraphe 1, qui permettait à l'entité adjudicatrice de ne pas divulguer certaines informations pour des motifs d'intérêt général, a suscité des inquiétudes. L'exception fondée sur l'intérêt général était jugée excessivement large et susceptible d'abus en l'absence d'orientations sur la définition d'"intérêt général". Il a été proposé que le *Guide* indique, au moins, que l'entité adjudicatrice devrait être tenue de définir cette notion en se référant aux critères objectifs énoncés dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des marchés. Il a été noté

que le texte de l'article 23-4 a) suscitait les mêmes préoccupations. Le Secrétariat a été prié de reformuler les deux dispositions pour en clarifier le contenu.

141. Il a été proposé de supprimer les mots "aspects essentiels" employés au paragraphe 1 devant les mots "de la sécurité nationale ou de la défense nationale". Le Secrétariat a été prié d'aligner le libellé en question sur tout libellé analogue employé dans le même contexte dans l'AMP de l'OMC.

142. On a dit préférer la première variante proposée au paragraphe 2 ainsi qu'un emploi cohérent du mot "communications" dans le paragraphe 3. On a noté qu'il fallait être cohérent dans l'emploi des crochets ou des parenthèses dans la Loi type.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

143. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises concernant l'article 23-4 a) dans le contexte de l'article 22 (voir par. 140 ci-dessus). Il est convenu de conserver la deuxième variante proposée au paragraphe 1 i) et la première au paragraphe 2, étant entendu que les autres dispositions de l'article seraient maintenues sans crochets, à l'exception du paragraphe 1 t) qui serait reformulé par le Secrétariat en temps utile.

Article 23 bis. Code de conduite.

144. Il a été proposé au Groupe de travail d'insérer au début de l'article les mots "Sauf s'il en est question dans d'autres lois" ou de mentionner dans le *Guide* les autres lois susceptibles de contenir des codes de conduite. La deuxième approche rédactionnelle a été jugée préférable, en particulier compte tenu de la fin de l'article, à moins de reformuler entièrement l'article.

145. Il a été proposé que le *Guide* traite du concept de "revolving door" (va-et-vient entre la fonction publique et le secteur privé). Selon un autre point de vue, l'article 23 bis lui-même devait traiter ce concept, ainsi que d'autres points régis par la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il a été proposé que le *Guide* donne des précisions sur certains aspects d'un code de conduite dont ne traitait pas l'article, comme son application aux entités privées participant à la passation et les conflits d'intérêts propres aux passations de marchés. On a émis des réserves quant à la question de savoir s'il convenait de prévoir un code de conduite pour les entités privées. Le Groupe de travail est convenu de mentionner dans le *Guide* que, même si un code de conduite était destiné aux agents publics, il fixait aussi indirectement des limites au comportement des entités privées dans leurs relations avec ces agents.

F. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et méthodes de sollicitation, et conditions d'utilisation de ces méthodes (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.3)

Article 24. Méthodes de passation des marchés

146. Le Groupe de travail est convenu de rétablir une note qui accompagnait l'article 18 de la Loi type de 1994, en tant que note rattachée au titre de l'article, et dont le libellé a été modifié pour exclure toute référence à l'appel d'offres ouvert.

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

147. Le Groupe de travail a approuvé l'article, y compris le paragraphe 3 sans les crochets.

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

148. Le Groupe de travail a approuvé l'article sans modification.

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue et [demande de propositions avec négociations consécutives])

149. L'avis a été exprimé qu'il fallait reconsidérer la manière dont les méthodes de passation étaient regroupées. Des réserves ont été émises quant à tout changement qui modifierait fondamentalement la structure proposée pour la Loi type. Il a été déclaré au Groupe de travail qu'il était possible de répondre aux craintes exprimées au sujet du regroupement actuel des méthodes de passation en modifiant le texte dans une moindre mesure, par exemple en supprimant les références aux "négociations" dans le titre des chapitres IV et V et en formulant des conditions d'utilisation séparées pour certaines méthodes de passation actuellement regroupées avec d'autres.

150. Des doutes ont été émis en particulier concernant le fait de placer la méthode reposant sur des négociations consécutives et l'appel d'offres en deux étapes à l'article 27. Il a été noté que l'appel d'offres en deux étapes n'impliquait pas de négociations mais plutôt des discussions visant à affiner les spécifications et les critères, et qu'il ne devrait donc pas figurer aux côtés de la demande de propositions avec dialogue, qui elle reposait sur des négociations. Selon un autre point de vue, toutefois, il était bon de placer l'appel d'offres en deux étapes à l'article 27 en raison des conditions d'utilisation qu'il prévoyait (lesquelles s'appliquaient à la fois à la demande de propositions avec dialogue et à l'appel d'offres en deux étapes). Il a été proposé de reformuler l'alinéa a) pour offrir plus de souplesse en disant, non pas que l'entité adjudicatrice était dans l'impossibilité de décrire l'objet du marché, mais qu'elle était dans l'impossibilité de décrire ses besoins et la solution auxdits besoins. Une autre proposition était de conserver l'alinéa a) dans sa rédaction actuelle pour la demande de propositions avec dialogue mais de préciser dans une disposition séparée pour l'appel d'offres en deux étapes que des discussions avec les fournisseurs ou les entrepreneurs étaient nécessaires pour affiner les principes de conception ou les spécifications fonctionnelles mais non pour définir les spécifications. Le Groupe de travail a approuvé cette dernière proposition.

151. Il a été estimé que les conditions d'utilisation posées à l'alinéa a) ne s'appliqueraient pas à la demande de propositions avec négociations consécutives. Il a été proposé de s'inspirer de l'article 26-3 afin d'établir les conditions d'utilisation pour cette méthode et d'indiquer que: i) les négociations étaient consécutives; ii) les négociations portaient uniquement sur les aspects financiers des propositions pour parvenir à un prix raisonnable; et iii) les conditions d'utilisation ne devraient pas se

limiter à décrire les procédures en question. Les craintes concernant la possibilité d'utiliser la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives pour tous les types de passations ont été réitérées.

152. Il a été proposé que le libellé optionnel suggéré dans la note 8 soit inséré au début des articles 27 et 27 *bis*. Selon un autre point de vue, il fallait suivre l'approche proposée dans la note 8. Il a été convenu que le libellé suggéré dans la note 8 serait placé entre crochets au début de l'article 27, étant entendu que les États adoptants pourraient décider de le conserver ou de le supprimer dans le texte de la loi. On s'est opposé à l'insertion de ce libellé au début de l'article 27 *bis*. (Pour la suite de l'examen de la question dans le contexte de l'article 27 *bis*, voir par. 154 et 155 plus bas.)

153. Le Secrétariat a été prié de réviser l'article 27 en tenant compte des délibérations de la session.

Article 27 bis. Conditions d'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

154. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la proposition d'insérer entre crochets au début des articles 27 et 27 *bis* le libellé suggéré dans la note 8. Il a aussi rappelé que l'insertion de ce libellé au début de l'article 27 *bis* avait rencontré une opposition (voir par. 152 ci-dessus).

155. Le Groupe de travail a en outre rappelé qu'une décision avait déjà été prise sur la question et qu'il avait également été convenu de ne pas revenir sur les questions ayant fait l'objet de décisions. On s'est par ailleurs inquiété du fait d'exiger l'approbation d'une autorité supérieure dans les méthodes prévues aux articles 27 et 27 *bis* mais non dans d'autres méthodes de passation qui seraient utilisées en tant qu'exceptions à l'appel d'offres ouvert. Une autre proposition était d'insérer le libellé proposé uniquement à l'alinéa c). Le Groupe de travail a repoussé l'examen de la question à une date ultérieure.

V. Questions diverses

156. Le Groupe de travail a examiné ses travaux futurs. Il est convenu qu'à sa dix-neuvième session (Vienne, 11-15 octobre 2010), il se concentrerait sur les questions restées en suspens dans les chapitres II, III et IV de la Loi type et sur les questions de rédaction se posant dans l'ensemble du texte dans le but de finaliser la Loi type, étant entendu que des consultations informelles se tiendraient entre-temps pour faire avancer les travaux sur la Loi type.

157. Il a été rappelé que le Groupe de travail devrait en principe travailler ensuite sur un projet de texte révisé du *Guide pour l'incorporation*. Le Groupe de travail a noté que le projet de texte révisé du *Guide* dont il serait saisi à sa prochaine session contiendrait des dispositions destinées aux législateurs. Il a aussi noté que le *Guide* qui serait adopté par la Commission en 2011 pourrait également contenir une liste de questions devant être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés.

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 – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8)

[Original: anglais]

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 91 du document A/CN.9/WG.I/WP.72, dont celui-ci est saisi à sa dix-huitième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.
2. Faute de temps lors de sa dix-septième session, le Groupe de travail n'a pas été en mesure d'examiner la totalité du projet de loi type révisée contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.1 à 8 ni les questions y relatives exposées dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.71). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser, à la lumière de ses délibérations, les chapitres I à IV ainsi que certaines dispositions du chapitre V qui ont été examinés lors de la session.
3. On trouvera, dans la présente note, la table des matières du projet de loi type révisée qui, lui-même, figure dans les additifs (A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 à 8). Les dispositions des chapitres V à VIII qui n'ont pas été examinées à la dix-septième session du Groupe de travail ont été révisées plus avant par le Secrétariat à la lumière des modifications qu'il a été convenu jusqu'à présent d'apporter à la Loi type.
4. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail devrait poursuivre l'examen des dispositions du chapitre V du projet de loi type révisée qu'il n'a pas été en mesure d'examiner à sa dix-septième session (art. 44 et suiv.) et passera ensuite aux chapitres restants du projet de loi type révisée. Il souhaitera peut-être examiner les dispositions de ces chapitres en même temps que les questions connexes exposées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71. Il est prévu que d'autres questions présentées dans ce document qui ne sont pas liées à des dispositions particulières du projet de loi type révisée soient examinées séparément une fois que le groupe de travail aura achevé sa lecture complète du projet.
5. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280) et confirmée lors de ses sessions suivantes, les documents de la session du Groupe sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, à mesure qu'ils sont disponibles dans les différentes versions linguistiques.

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES Articles 1 à 23 bis	Chapitre premier. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application	Révisions de l'article premier de la Loi type de 1994 convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 16 et 17); modifications supplémentaires apportées à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 17)
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions	Révisions de l'article 2 de la Loi type de 1994 convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 272 à 274, et A/CN.9/687, par. 19 à 29); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 51 à 74); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Révisions de l'article 3 de la Loi type de 1994 convenues à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 75 à 78)
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Révisions de l'article 4 de la Loi type de 1994 faites à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 31 et 32)
Article 5. Publication des textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Projet d'article 5 tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), à l'exception de son paragraphe 3, qui fait l'objet de l'article 6 (voir plus bas). Le projet d'article ainsi révisé a été approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 32)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir (nouvelles dispositions)		Dispositions fondées sur le projet d'article 5, paragraphe 3, tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), et tel qu'il a été révisé à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 37 et 38) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 80 à 87)
Article 7. Communications dans la passation des marchés	A remplacé l'article 9. Forme des communications	Article 5 <i>bis</i> tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25) et tel qu'il a été proposé de le réviser à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 121 à 143)
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 40 à 42)
Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 73 à 76 et 109, et A/CN.9/687, par. 43 à 50); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 77 à 81) et propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 144 à 148); modifications proposées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 51 et 52)
Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation (nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994)	Articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 (ont servi de base aux nouvelles dispositions)	Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 82 à 87); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 149 à 174); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 53 à 62)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché (nouvelles dispositions)		Il est proposé d'ajouter de nouvelles dispositions compte tenu des suggestions des experts. Elles se fondent sur les dispositions équivalentes de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006); révisées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 63 à 66)
Article 13. Règles concernant la langue des documents	Article 17. Langue Article 29. Langue des offres	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 88 et 169)
Article 13 <i>bis</i> . Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions (nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994)	Articles 7-3 a) iv) et 30-2 à 4	Proposées par le Secrétariat
Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Le Secrétariat propose de déplacer l'article du chapitre III au chapitre I
Article 15. Garanties de soumission	Article 32. Garanties de soumission	Tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 91); modifications mineures proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 16. Procédure de préqualification	Article 7. (Procédure de présélection) ainsi que dispositions sur la présélection dans les articles 23, 24 et 25	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 93 à 110; et A/CN.9/687, par. 72 à 76) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 177 et 178); modifications mineures proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 17. Abandon de la passation de marché	Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 111 à 117) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 179 à 208) et convenues à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 77 à 81); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses (nouvelles dispositions)		Fondé sur l'article 12 <i>bis</i> tel qu'il a été convenu à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 44 à 55) et sur des propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 209 à 212); modifications mineures proposées par le Secrétariat
Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116) Une délégation a proposé un nouveau paragraphe 1 pour cet article; révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 121 à 125; et A/CN.9/687, par. 83 à 90); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 213 à 222); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Délai d'attente (A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 126 à 145; et A/CN.9/687, par. 91 à 98) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 223 à 247); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre	Article 14. Publication des avis d'attribution de marché	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 146 à 148; et A/CN.9/687, par. 99 et 100) et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 22. Confidentialité	Articles 45, 48-7 et 49-3	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 149 à 152; A/CN.9/687, par. 101 à 103) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 248 à 266); et modifications proposées par le Secrétariat

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Révisions examinées aux neuvième (A/CN.9/595, par. 49), onzième (A/CN.9/623, par. 100), douzième (A/CN.9/640, par. 90 et 91), quinzième (A/CN.9/668, par. 153 à 157) et dix-septième sessions (A/CN.9/687, par. 104 à 106) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 267 à 280); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 23 <i>bis</i> . Code de conduite		Proposées par le Secrétariat; sur la base des dispositions du projet d'article 4-2 dont le Groupe de travail a été saisi à sa dix-septième session
Chapitre II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET MÉTHODES DE SOLLICITATION, ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES Articles 24 à 29 <i>quinquies</i>	Chapitre II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	Projet d'article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation (WP.69/Add.1) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 39 à 70; et A/CN.9/687, par. 107 à 131) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 88 à 120). Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Section I. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES Articles 24 à 29 <i>bis</i>		Chapitre II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES, articles 24 à 29, tels que contenus dans le document WP.71/Add.2 et examinés par le Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 107 à 131). Compte tenu de l'introduction de nouvelles dispositions, sur les méthodes de sollicitation et les conditions de leur utilisation dans le chapitre, le Secrétariat a proposé de diviser le chapitre en deux sections.
Article 24. Méthodes de passation des marchés (nouvelles dispositions)		Proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts à l'automne 2009; Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 107 à 109)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché	Article 18. Méthodes de passation des marchés	Projet d'article 7-1, 2 et 8 du document WP.69/Add.1, tel qu'examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 40 à 45 et 69); Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 110 à 112)
Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)	Articles 20, 21 et 42	Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 113 à 119)
Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue et [demande de propositions avec négociations consécutives])	Article 19-1	Concernant la nouvelle méthode de passation (demande de propositions avec dialogue), voir par. 1 d'un nouvel article 40 proposé par les délégations de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni, examiné à la seizième session du Groupe de travail (A/CN.9/672, par. 32 à 37) et révisé dans le document A/CN.9/XLII/CRP.2, par. 5 a) Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 120 à 129) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 27 bis. Conditions d'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence	Article 19-2	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 120 à 129)
Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée (nouvelles dispositions)		Projet d'article 41-1 du document WP.69/Add.4, tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 216) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 29. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique	Article 22	Projet d'article 7-7 du document WP.69/Add.1, tel qu'examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 51 à 64) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 119) Révision qu'il a été convenu d'apporter, lors de la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 131)
Article 29 <i>bis</i> . Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre		Supprimé du chapitre sur les procédures d'accord-cadre du projet examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (art. 49) (A/CN.9/668, par. 226 à 229)
Section II. MÉTHODES DE SOLLICITATION ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES Articles 29 <i>ter</i> à 29 <i>quinquies</i>		Nouvelles dispositions proposées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session
Article 29 <i>ter</i> . Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation		
Article 29 <i>quater</i> . Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique		
Article 29 <i>quinquies</i> . Sollicitation dans le cadre de la procédure de demande de propositions		

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
<p>Chapitre III. APPEL D’OFFRES OUVERT Articles 30 à 38</p>	<p>Chapitre III. PROCÉDURE D’APPEL D’OFFRES</p>	<p>Telles qu’examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 159 à 166, et 170 à 182; et A/CN.9/687, par. 132 à 158)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée et aux consultations tenues avec des experts</p>
	<p>L’article 23 a été supprimé compte tenu de la nouvelle définition proposée pour le terme “passation de marché national”</p>	
<p>Articles 30 à 33</p>	<p>Articles 24 à 27, modifiés en conséquence</p>	<p>Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 161 à 166; et A/CN.9/687, par. 132 à 139)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée</p>
	<p>L’article 28 (Clarification et modification du dossier de sollicitation) a été déplacé et inséré au chapitre I (voir plus haut).</p> <p>L’article 29 (Langue des offres) a été supprimé et ses dispositions ont été fusionnées avec celles de l’article 13 proposé (Règles concernant la langue des documents) au chapitre I (Dispositions générales) afin qu’elles s’appliquent à toutes les méthodes de passation</p>	<p>Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 169)</p>

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Articles 34 et 35	Articles 30 et 31, modifiés en conséquence	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 170 à 172) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 175 et 176; et A/CN.9/687, par. 140 à 144) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et au nouvel article 13 <i>bis</i> proposé, et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
	L'article 32 (Garanties de soumission) est devenu l'article 15 (Garanties de soumission) et a été inséré au chapitre I (Dispositions générales) afin de s'appliquer à toutes les méthodes de passation (voir plus haut)	
Articles 36 à 38	Articles 33 à 35, modifiés en conséquence	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 177 à 182; et A/CN.9/687, par. 145 à 158) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
	L'article 36 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché) est devenu l'article 20 et a été inséré au chapitre I (Dispositions générales) afin de s'appliquer à toutes les méthodes de passation	

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
<p>CHAPITRE IV. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS NE REPOSANT PAS SUR DES NÉGOCIATIONS (APPEL D'OFFRES RESTREINT, DEMANDE DE PRIX ET DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION)</p> <p>Articles 39 à 41</p>	<p>Chapitre IV, article 42 et autres dispositions pertinentes; et chapitre V, articles 47 et 50</p>	<p>Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 201; et A/CN.9/687, par. 159 à 181)</p> <p>Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée</p>
<p>Article 39. Appel d'offres restreint</p>	<p>Article 47. Appel d'offres restreint</p>	<p>Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 192; et A/CN.9/687, par. 159 à 169)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II (voir ci-dessus)</p>
<p>Article 40. Demande de prix</p>	<p>Article 50. Demande de prix</p>	<p>Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208; et A/CN.9/687, par. 170 à 172)</p>
<p>Article 41. Demande de propositions sans négociation</p>	<p>Article 42. Procédure de sélection sans négociation) et autres dispositions pertinentes du chapitre IV (Méthode principale pour la passation des marchés de services)</p>	<p>Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 193 à 201; et A/CN.9/687, par. 173 à 181)</p>

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
<p>CHAPITRE V. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS REPOSANT SUR DES NÉGOCIATIONS (APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE)</p> <p>Articles 42 à 46</p>	<p>Chapitre IV, articles 43 et 44 et autres dispositions pertinentes; chapitre V, articles 46, 48, 49 et 51</p>	<p>Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 209 à 212; et A/CN.9/687, par. 182 à 210)</p> <p>Révisions examinées à la seizième session du Groupe de travail (A/CN.9/672)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus) et suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée</p>
<p>Article 42. Appel d'offres en deux étapes</p>	<p>Article 46. Appel d'offres en deux étapes</p>	<p>Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 182 à 191)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus)</p>
<p>Article 43. Demande de propositions avec dialogue</p>	<p>Articles 43 et 48</p>	<p>Nouvel article proposé par les délégations de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni, examiné aux quinzième et seizième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 210 et 211, et A/CN.9/672, par. 32 à 37). Voir aussi la proposition révisée dans le document A/CN.9/XLII/CRP.2</p> <p>Révisions de l'article examiné à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 192 à 208)</p> <p>Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus) et suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée</p>
<p>Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives</p>	<p>Article 44. Procédures de sélection avec négociations consécutives</p>	<p>Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts</p>

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 45. Négociations avec appel à la concurrence	Article 49. Négociations avec appel à la concurrence	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus)
Article 46. Sollicitation d'une source unique	Article 51. Sollicitation d'une source unique	
CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES Articles 47 à 51 (nouvelles dispositions)		Projets d'articles 22 <i>bis</i> et 51 <i>bis</i> à <i>septies</i> (voir A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, et A/CN.9/640, par. 56 à 89), remplacés ensuite par les articles 43 à 48 dans le document WP.69/Add.4 examinés à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 213 à 222) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES Articles 52 à 57 (nouvelles dispositions)		Projets d'articles 22 <i>ter</i> et 51 <i>octies</i> à <i>quindecies</i> (voir A/CN.9/WG.I/WP.62 et A/CN.9/664, par. 75 à 110), remplacés ensuite par les projets d'articles 48 à 55 du document WP.69/Add.4, examinés à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 223 à 255; révisions convenues aux paragraphes 230 à 233 et 239 à 255; autres révisions examinées aux paragraphes 226 à 229 et 235 à 237) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
<i>Les articles 58 à 60 ne sont pas utilisés dans le présent projet</i>		

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE VIII. RECOURS Articles 61 à 66	Chapitre VI. Recours	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 74) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 à 262, 267 et 268) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 264 et 267 b)) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
Article 61. Droit de recours	Article 52. Droit de recours	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 27) À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle	Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 28 à 33) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 et 260) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante	Article 54. Recours administratif	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 34 à 58) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 262) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 263 et 264) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles [62 et 63]	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 59 et 60) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 et 268) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 b)) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché	Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 61 à 73)
Article 66. Recours judiciaire	Article 57. Recours judiciaire	

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le préambule et les articles 1 à 13 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS¹**Préambule**

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

- a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;
- b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés, en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;
- c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;
- d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;
- e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;
- f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

¹ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de clarifier le problème d'incohérence entre le titre (qui parle de "passation des marchés publics") et le reste du projet de loi type révisée (qui se réfère à la "passation de marché"). Le Secrétariat a été prié de modifier en conséquence l'article premier ou l'article 2 k), selon le cas (A/CN.9/687/par.17). Il propose de modifier l'article premier dans le présent projet et d'insérer, à l'article 2, une définition du terme "passation de marché public" qui ferait pendant à celle de "passation de marché".

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application²

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

Article 2. Définitions³

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "délai d'attente"⁴ désigne le délai précédant l'entrée en vigueur du marché, pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs dont la soumission a été examinée peuvent introduire un recours contre la décision prévue⁵ de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir;

[b) Le terme "documentation de préqualification" désigne la documentation émise par l'entité adjudicatrice qui énonce les conditions de la procédure de préqualification conformément à l'article [16] de la présente Loi]⁶;

c) Le terme "dossier de sollicitation" désigne le dossier émis par l'entité adjudicatrice, y compris les modifications qui y sont apportées⁷, dans lequel sont énoncées les conditions de la passation de marché concernée;

d) Le terme "enchère électronique inversée" désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des enchères de plus en plus basses au cours d'une période déterminée;

e) Le terme "entité adjudicatrice" désigne:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II

² Le Guide précisera que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur) (A/CN.9/668, par. 63).

³ Le présent article sera complété, dans le Guide pour l'incorporation révisé, par un glossaire plus complet des termes utilisés dans la Loi type.

⁴ La définition a été révisée compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 19).

⁵ Révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 28). Le Guide expliquera les mots "décision prévue" à la lumière des dispositions de l'article 20.

⁶ Nouvelle définition ajoutée comme l'a proposé le Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 50). Le Guide indiquera, pour écarter tout doute, que cette définition englobe le "dossier de présélection" selon le contexte.

⁷ Il sera nécessaire d'expliquer dans le Guide les différentes significations de ce terme en fonction des différentes méthodes de passation. En ce qui concerne les modifications, le Guide renverra aux dispositions pertinentes de la Loi type, comme les articles 13 *bis*, 14, 42 et 43.

Tout département, organisme, organe ou autre service du (“Gouvernement” ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l’État adoptant), ou toute subdivision de l’un d’entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

ii) (L’État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux sous-alinéas, d’autres entités ou entreprises, ou catégories d’entités ou d’entreprises, à inclure dans la définition de l’“entité adjudicatrice”)⁸;

f) Le terme “fournisseur ou entrepreneur” désigne, selon le contexte, toute personne qui est susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l’entité adjudicatrice ou la personne qui y participe effectivement;

g) Le terme “garantie de soumission”⁹ désigne une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l’exécution de toute obligation visée à l’article [15-1 f)]. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché;

h) Le terme “marché” désigne un contrat ou des contrats¹⁰ conclus entre l’entité adjudicatrice et un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) à la suite de la procédure de passation de marché;

i) Le terme “modification substantielle” désigne une modification de la description de l’objet du marché¹¹, des critères et des procédures d’examen, d’évaluation [et de comparaison]¹² des soumissions et de détermination de la soumission à retenir, du coefficient de pondération des critères d’évaluation, ou d’autres conditions de la passation de marché, tels que définis par l’entité adjudicatrice lorsqu’elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d’entrepreneurs à la passation, qui rendrait non conformes des soumissions précédemment conformes, et conformes des soumissions

⁸ Le Guide indiquera que cette définition peut être interprétée comme englobant plusieurs entités participant à la même passation. Par exemple, dans les procédures d’accord-cadre, il arrive fréquemment dans certains États que plusieurs départements, organismes, organes ou autres services publics, ou subdivisions de l’un d’entre eux, deviennent parties au même accord-cadre.

⁹ Le Guide expliquera, pour la version anglaise, que si la Loi type emploie “tender security” (garantie de soumission) comme étant la terminologie courante dans le contexte considéré, elle ne sous-entend pas pour autant que ce type de garantie peut être exigé uniquement dans l’appel d’offres (“tendering” en anglais). Il précisera également que cette définition ne doit pas être comprise comme permettant à l’entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées (A/64/17, par. 57).

¹⁰ Le Guide expliquera que l’emploi du pluriel “contrats” vise notamment les cas d’allotissement d’un marché dans le cadre de la même procédure de passation.

¹¹ Le terme “objet du marché” étant employé pour la première fois dans un article de la Loi type, le Guide renverra à la définition du terme “passation de marché”, où est défini l’“objet du marché”.

¹² Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme “évaluation” englobe déjà la notion de “comparaison”, auquel cas l’emploi du terme “comparaison” aux côtés d’“évaluation” d’un bout à l’autre de la Loi type est superflu. Le Secrétariat a placé entre crochets toutes les occurrences du terme, pour que le Groupe de travail les examine.

précédemment non conformes, qui modifierait la situation des fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leur qualification ou qui modifierait le classement des soumissions¹³;

j) Le terme “monnaie” englobe les unités de compte monétaires;

k) Le terme “passation de marché” désigne l’acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services (l’“objet du marché”)¹⁴;

l) Le terme “passation de marché national” désigne une passation de marché qui est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l’article [8]¹⁵;

m) Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées”¹⁶ désigne une passation de marché pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures spéciales et à imposer des prescriptions spéciales pour protéger ces informations, y compris à déterminer quelles dispositions de la présente Loi exigeant l’information du public ne s’appliqueront pas¹⁷;

¹³ Révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session. Selon le Groupe de travail, puisque les mots “conditions de la passation de marché” ne sont pas définis dans la Loi type, ils devraient être expliqués dans le Guide, s’agissant notamment des sources – par exemple, le dossier de sollicitation – où pouvaient figurer ces conditions (A/CN.9/687, par. 22).

¹⁴ En ce qui concerne cette définition, le Guide reprendra les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” du texte de 1994 (article 2 c) à e)). Il expliquera que les mots “par un moyen quelconque” ne devraient pas être interprétés comme faisant référence à des actes illicites, mais comme signifiant que la passation de marché se fait non seulement par voie d’achat, mais également par d’autres moyens comme la location (l’article I.2 de l’Accord sur les marchés publics de l’OMC (AMP, 1994) et l’article II.2 b) du texte adopté à titre provisoire de l’AMP révisé emploient une terminologie équivalente, à savoir “l’achat, le crédit-bail et la location ou location-vente, avec ou sans option d’achat”) (A/CN.9/668, par. 273).

¹⁵ Révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 19 et 20).

¹⁶ Le Guide expliquera que le terme “informations classifiées” vise les informations désignées comme telles par un État adoptant, conformément au droit national applicable, et qu’il n’est pas question dans la disposition de laisser à l’entité adjudicatrice la liberté d’élargir cette définition. Le Guide expliquera également que ce terme est compris dans de nombreux États comme désignant les informations dont l’accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes et qu’il ne vise pas seulement la passation dans les secteurs où les “informations classifiées” sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également la passation dans tout autre secteur où la loi peut interdire la divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé (par exemple, passation de marchés de vaccins lors d’une pandémie pour éviter la panique) ou dans le cas de recherches et d’expériences sensibles dans le domaine médical. Les exceptions aux règles de transparence pouvant donner lieu à des abus, le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander dans le Guide que les questions relevant du traitement des “informations classifiées” soient abordées dans la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur.

¹⁷ Le Guide notera que cette définition, lorsqu’elle est employée dans la Loi type, est complétée par la disposition énoncée dans l’article relatif au dossier et au procès-verbal de la procédure de passation de marché exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l’entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de

n) Le terme “passation de marché public” désigne une passation de marché menée par une entité adjudicatrice¹⁸;

o) Le terme “politiques socioéconomiques”¹⁹ désigne les politiques environnementales, sociales, économiques et autres du présent État dont les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État [ou ... (l’État adoptant indique l’organe compétent)]²⁰ autorisent ou obligent l’entité adjudicatrice à tenir compte dans la procédure de passation de marché. (L’État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste illustrative de ces politiques)²¹;

p) Le terme “procédure d’accord-cadre” désigne une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l’attribution d’un marché au titre de l’accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l’accord:

i) Le terme “accord-cadre” désigne un accord ou des accords conclus entre l’entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d’accord-cadre achevée;

ii) Le terme “accord-cadre fermé” désigne un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n’y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement;

iii) Le terme “accord-cadre ouvert” désigne un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s);

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

la procédure afin de protéger les informations classifiées, comme les exceptions aux obligations d’information du public.

¹⁸ Le Guide renverra aux définitions de “passation de marché” et d’“entité adjudicatrice”.

¹⁹ La définition a été révisée compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 24 à 26).

²⁰ Les mots entre crochets ont été insérés suite aux modifications qu’il a été convenu d’apporter, lors de la dix-septième session du Groupe de travail, aux dispositions correspondantes dans l’article sur les critères d’évaluation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être reconsidérer l’insertion de ces mots qui risquent de donner lieu à des abus sauf si des garanties appropriées sont prévues dans le système administratif de l’État adoptant pour limiter ce risque. Les dispositions ont pour but d’assurer que les politiques socioéconomiques a) sont fixées par le gouvernement et ne sont pas déterminées au cas par cas par l’entité adjudicatrice, et b) sont appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. Si un organe doit avoir compétence pour décider des politiques socioéconomiques, il devrait agir en respectant ces exigences (de manière à ne pas permettre, par exemple, les abus comme l’adoption de politiques au coup par coup ou le favoritisme, etc.).

²¹ Le Guide contiendra une liste illustrative de ces politiques, semblable à celle figurant à l’article 34-4 c) iii) de la Loi type de 1994. Il décrira également les coûts que le recours à de telles politiques peut entraîner pour la passation, et précisera que ces politiques ne sont généralement jugés appropriés que dans le but d’aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape;

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

q) Le terme “règlements en matière de passation des marchés” désigne les règlements qui doivent être adoptés conformément à l’article [4] de la présente Loi;

r) Le terme “sollicitation” désigne l’invitation à participer à la procédure de passation de marché²²:

[i) Le terme “sollicitation directe”²³ désigne la sollicitation [exceptionnelle]²⁴ adressée directement à un seul fournisseur ou entrepreneur ou à un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs mais non la sollicitation adressée à un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs après une procédure de préqualification ou de présélection];

s) Le terme “soumission(s)” désigne de façon collective ou générique une (des) offre(s), une (des) proposition(s), un (des) prix et une (des) enchère(s);

[t) Le terme “soumission à retenir” désigne...;]²⁵.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]²⁶

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

²² La définition a été révisée compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 19). La définition du terme “sollicitation ouverte” a été supprimée car ce terme n’est pas employé dans le présent projet.

²³ La définition a été révisée compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 19).

²⁴ Bien qu’il ait été proposé, à la quarante-deuxième session de la Commission, de mettre en exergue la nature exceptionnelle de la sollicitation directe dans la définition (A/64/17, par. 63), le Groupe de travail voudra peut-être considérer que celle-ci est exceptionnelle lorsque l’entité adjudicatrice a le choix entre une sollicitation ouverte et une sollicitation directe, ce qui, dans le projet actuel de Loi type révisée, vaut uniquement pour les procédures de demande de propositions. La sollicitation directe est inhérente à d’autres méthodes de passation, telles que l’appel d’offres retreint, la demande de prix, les négociations avec appel à la concurrence ou la sollicitation d’une source unique et ne peut pas, par conséquent, être considérée comme exceptionnelle dans ces cas. Voir aussi section II du chapitre II du présent projet.

²⁵ La définition doit être examinée à la lumière de l’article 20 et des dispositions de la Loi type qui définissent la ou les soumissions à retenir dans les différentes méthodes et procédures de passation. À la dix-septième session du Groupe de travail, on a émis des doutes sur la nécessité d’une telle définition (A/CN.9/687, par. 29).

²⁶ Le Guide précisera que les passages entre crochets dans le présent article s’adressent aux États fédéraux. Il signalera également aux États adoptants qu’ils devront peut-être adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles, voire ne pas les incorporer si elles entrent en conflit avec leur droit constitutionnel (A/64/17, par. 75 à 78).

- a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,
- b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement, ou
- [c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l'État fédéral] et une ou plusieurs subdivisions de [nom de l'État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,]

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

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés²⁷

Le ... (l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité habilité à établir les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à établir des règlements en matière de passation des marchés à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'application des dispositions de la présente Loi²⁸.

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs aux passations de marchés régies par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.
2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives aux passations de marchés régies par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire²⁹.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marchés prévus pour les mois ou les années à venir³⁰.

²⁷ Le Guide contiendra une liste de renvois à toutes les dispositions de la Loi type traitant du contenu des règlements en matière de passation des marchés.

²⁸ Cet article a été révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 31 et 32). Les dispositions relatives à un code de conduite, qui figuraient dans les précédentes versions de l'article, ont été déplacées pour faire l'objet d'un article 23 *bis*, afin de ne pas donner l'impression que les questions touchant à la conduite des agents chargés des marchés doivent toujours être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés.

²⁹ Le Guide expliquera que les lois et règlements de l'État adoptant indiqueront l'autorité chargée de s'acquitter des obligations du présent article.

³⁰ Le Guide soulignera la nécessité d'une bonne planification de la passation des marchés.

2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité de marchés futurs³¹.
3. La publication conformément au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs³².

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions ou toutes autres informations qui sont générés durant une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, y compris en rapport avec un recours visé au chapitre [VIII] ou pendant une réunion, ou qui font partie du procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article [23], sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.
2. La sollicitation directe³³ et la communication, entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice, d'informations visées aux articles [15-1 d)³⁴, 16-6 et 16-9³⁵, 35-2 a)³⁶, 37-1³⁷ et 44 ...]³⁸³⁹ peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.
3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:
 - a) Toute condition de forme;

³¹ Le Guide expliquera que ce paragraphe emploie les mots "préavis concernant la possibilité de marchés futurs" pour permettre aux entités adjudicatrices d'évaluer le marché en cas de passation complexe, et s'abstient d'utiliser des termes qui pourraient prêter à confusion avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié lors de la procédure de demande de propositions.

³² Le Guide expliquera que les dispositions du présent article peuvent être appliquées indépendamment de la méthode de passation et soulignera aussi qu'elles sont importantes eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assurent la transparence tout au long du processus et privent de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. Le Guide expliquera également où le type d'informations visé par l'article est habituellement publié (A/CN.9/687, par. 37).

³³ Correspond aux renvois, dans l'article 9 de la Loi type de 1994, aux articles 37-3 et 47-1 de ce texte.

³⁴ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 32-1 d) du texte de 1994.

³⁵ Id., en ce qui concerne le renvoi aux articles 7-4 et 7-6 du texte de 1994.

³⁶ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 31-2 a) du texte de 1994.

³⁷ Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 34-1 du texte de 1994.

³⁸ Le renvoi manquant devrait correspondre à l'article 44 b) à f) du texte de 1994 (procédures de sélection avec négociations consécutives). Il sera actualisé en fonction des modifications du chapitre V.

³⁹ Il a été décidé que les autres renvois dans le texte de 1994 [aux articles 36-1 (avis d'acceptation de l'offre) et 12-3 (avis de rejet de toutes les soumissions)] seraient supprimés (A/64/17, par. 122).

b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle le juge nécessaire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis;

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

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

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

4. L'entité adjudicatrice ne peut avoir recours qu'à des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Dans toute réunion tenue avec les fournisseurs ou entrepreneurs, elle n'utilise que des moyens qui garantissent en outre que ceux-ci puissent participer pleinement et en direct à cette réunion⁴⁰.

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

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs⁴¹

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf:

a) Lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil fixé dans les règlements en matière de passation des marchés autorisant l'entité adjudicatrice à recourir à la passation de marché national⁴²;

⁴⁰ Le paragraphe a été modifié pour bien montrer que les règles sur la communication sont obligatoires (y compris lorsqu'une réunion se tient avec les fournisseurs et entrepreneurs), mais que la tenue d'une telle réunion ne l'est pas. Dans sa rédaction antérieure, le paragraphe laissait entendre involontairement que l'organisation de réunions avec les fournisseurs ou entrepreneurs était exigée.

⁴¹ L'article a été révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 19, 20 et 40 à 42).

⁴² Cette nouvelle disposition se fonde sur la partie de la définition du terme "passation de marché national", dans l'article 2, que le Groupe de travail a examinée à sa dix-septième session et qu'il est convenu d'insérer dans les dispositions de fond traitant la question dans la Loi type révisée (A/CN.9/687, par. 20 et 42). Certains experts ont exprimé la crainte que la faible valeur du marché justifiant le recours à la passation d'un marché national ne soit invoquée abusivement pour éviter d'organiser une passation de marché international. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner a) s'il convient de conserver l'approche de 1994, qui consiste à autoriser automatiquement l'entité adjudicatrice à recourir à la passation de marché national lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil établi dans les règlements en matière de passation des marchés; ou b) s'il convient d'ajouter un jugement de valeur, auquel cas l'entité adjudicatrice risque d'engager sa responsabilité en utilisant son pouvoir d'appréciation.

b) Lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour d'autres motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou conformément à d'autres dispositions de la législation du présent État⁴³.

2. À moins qu'elle n'y soit tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État⁴⁴, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination⁴⁵ à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare si cette participation est limitée conformément au présent article et pour quel motif. Cette déclaration ne peut être modifiée par la suite⁴⁶.

4. [Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances motivant cette limitation.]⁴⁷

⁴³ Le Guide expliquera la différence entre les alinéas a) et b). Il précisera, pour ce faire, que l'alinéa a) vise la passation de marchés nationaux tandis que l'alinéa b) ne s'y limitera pas toujours (par exemple, il pourra viser les situations où certaines nationalités sont exclues en raison de sanctions internationales ou bilatérales). Si les politiques socioéconomiques de l'État adoptant justifieront le plus probablement l'application des exceptions prévues dans le présent paragraphe, le fait de ne mentionner que ces politiques n'a pas été jugé suffisant car la participation à la passation peut être limitée sur la base de la nationalité pour des motifs autres que les politiques socioéconomiques, par exemple pour des motifs de sécurité et de sûreté.

⁴⁴ Le Guide expliquera que le présent paragraphe vise les situations où la nationalité n'est pas le motif ou le seul motif invoqué pour limiter la participation à la passation de marché (par exemple, dans certains États, programmes réservés aux petites et moyennes entreprises ou aux entreprises venant de régions défavorisées). Tout comme le paragraphe 1 b), le présent paragraphe peut s'appliquer à la passation de marchés nationaux (par exemple passation à laquelle ne participent que les fournisseurs ou entrepreneurs des régions défavorisées du même État) ou à la passation de marchés internationaux limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, personnes handicapées).

⁴⁵ Le Guide expliquera que, hormis les mesures clairement discriminatoires, certaines mesures prises peuvent en fait avoir des effets involontairement discriminatoires à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

⁴⁶ Le Guide préciserait où ce type de déclaration serait publié.

⁴⁷ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé que ce type de dispositions soient supprimées des articles où elles figuraient et soient plutôt regroupées dans l'article traitant du dossier et du procès-verbal de la procédure de passation. Il a aussi été proposé que le commentaire du Guide accompagnant les articles d'où seraient déplacées ces dispositions renvoie à la règle pertinente de l'article sur le dossier et le procès-verbal de la procédure de passation (A/CN.9/687, par. 91). Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette proposition. Le Secrétariat a conservé les dispositions entre crochets afin que le Groupe de travail les examine plus avant. Du point de vue des utilisateurs de la Loi type révisée, il serait utile de suivre l'approche de 1994 en faisant figurer les dispositions sur le procès-verbal de la passation non seulement dans l'article qui lui est spécifiquement consacré mais aussi dans les autres articles abordant la question.

5. L'entité adjudicatrice communique à tout membre du public qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché conformément au présent article⁴⁸.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

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

2. [Pour se voir attribuer le marché,]⁴⁹ les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés et pertinents⁵⁰ dans les circonstances de la passation de marché concernée⁵¹:

i) Avoir les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels⁵², les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience et le personnel nécessaires, et respecter les normes éthiques et autres applicables⁵³, pour exécuter le marché⁵⁴;

ii) Avoir la capacité de contracter;

⁴⁸ Il est proposé que le commentaire du Guide consacré aux règles de transparence de la Loi type énumère séparément toutes les obligations d'information du public prévues dans la Loi.

⁴⁹ Il est proposé d'insérer la formule "Pour se voir attribuer le marché" au début du paragraphe, suite à des consultations avec des experts. Cette formule remplace le passage suivant qui figurait dans la Loi type de 1994: "Pour être admis à participer à une procédure de passation de marché". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la nouvelle formule est suffisante pour décrire également les situations où des fournisseurs ou entrepreneurs sont qualifiés ou sont disqualifiés au tout début du processus, par exemple au stade de la procédure de préqualification, et ne sont donc pas admis à participer ou à continuer de participer à la procédure. La version précédente ne contenait pas de formule de ce genre.

⁵⁰ Les mots "et pertinents" ont été ajoutés suite aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 46) .

⁵¹ On a remplacé la formule utilisée dans la Loi type de 1994 "pour ladite procédure" par les mots "dans les circonstances de la passation de marché concernée", pour suivre le libellé employé dans un contexte similaire dans les autres dispositions du projet de loi type révisée.

⁵² À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été convenu que le Guide expliquerait qu'en exigeant que les fournisseurs ou entrepreneurs possèdent "les équipements et autres moyens matériels [...] nécessaires" les dispositions ne visent pas à limiter involontairement la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Le Guide notera que, souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et autres moyens matériels nécessaires, mais s'assurent, par l'intermédiaire de leurs sous-traitants, qu'ils soient disponibles aux fins de l'exécution du marché (A/CN.9/687, par. 45).

⁵³ Les dispositions ont été révisées compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 43 et 44). Le Guide expliquerait, en ce qui concerne les "autres normes", que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer, par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité ou de tenir compte des aspects environnementaux, si nécessaire (A/CN.9/687, par. 44 et 49).

⁵⁴ Le mot "références" a été supprimé du paragraphe, compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 46 à 48).

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

iv) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans le présent État⁵⁵;

v) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion⁵⁶.

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents pour s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2⁵⁷.

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui ne soit pas prévu dans la présente Loi.

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

6. En dehors des critères, conditions ou procédures qu'elle impose conformément à l'article [8] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable⁵⁸.

⁵⁵ Le Guide expliquera l'effet de cette disposition sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, en renvoyant à l'article 8, qui interdit l'imposition de conditions autres que celles prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, pour empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation.

⁵⁶ Il a été proposé que le Guide mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d'exclusion (A/CN.9/687, par. 50).

⁵⁷ Il a été convenu à la dix-septième session du Groupe de travail que le Guide expliquerait l'interaction entre les paragraphes 3 et 2, en particulier le paragraphe 2 i), du présent article (A/CN.9/687, par. 48).

⁵⁸ Le Guide notera que, malgré cette disposition dans la Loi type, certaines mesures pratiques,

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

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

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

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

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur qui était préqualifié conformément à l'article [16] de la présente Loi qu'il justifie à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge ou non satisfaisantes les justifications qu'il a produites⁵⁹.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre⁶⁰

1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées⁶¹.

comme le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent conduire à des discriminations à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux.

⁵⁹ Le Guide pourra noter que, dans la plupart des passations (à l'exception peut-être de la passation de marchés complexes nécessitant de longues négociations), ces dispositions devraient se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur à retenir, comme cela est envisagé à l'article 37-6 et 7 et dans le contexte des enchères électroniques inversées.

⁶⁰ Il a été convenu à la dix-septième session du Groupe de travail que le Guide devrait expliquer la manière dont les facteurs socioéconomiques peuvent être pris en compte dans l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou d'un accord-cadre (A/CN.9/687, par. 51).

⁶¹ Le Guide expliquera que les exigences minimales désignent aussi les seuils mentionnés dans les

2. En dehors des critères, conditions ou procédures que l'entité adjudicatrice peut imposer conformément à l'article [8] de la présente Loi, ni la documentation de préqualification, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché qui crée des obstacles, y compris des obstacles fondés sur la nationalité, à la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.
3. La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, y compris relatives aux essais et méthodes d'essai⁶², à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie.
4. Dans la mesure où cela est faisable, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance⁶³ de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" soient employés.
5. a) Pour la formulation de toute description de l'objet du marché, la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et qualitatives dudit objet;
b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation⁶⁴

1. À l'exception des critères énoncés au paragraphe 4 ci-après, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.
2. Les critères d'évaluation peuvent comprendre:
 - a) Le prix;

dispositions sur les demandes de propositions sans négociation et avec négociations consécutives.

⁶² Le Guide expliquera que ces conditions peuvent inclure des conditions relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant.

⁶³ Le Guide expliquera que les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance peuvent inclure aussi des caractéristiques relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant.

⁶⁴ L'article a été entièrement révisé compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 24 à 26 et 53 à 62).

b) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques de l'objet du marché, telles que les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux et les caractéristiques environnementales de l'objet⁶⁵, les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché;

c) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément à [passation avec demande de propositions, ajouter les renvois appropriés], l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel devant participer à la fourniture de l'objet du marché;

3. Tous les critères d'évaluation autres que le prix sont, dans la mesure où cela est faisable, objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires⁶⁶.

4. Outre les critères énoncés au paragraphe 2, les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Tout critère dont les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou exigent la prise en compte [sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)];

b) Si elle est autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État [ou par ... (l'État adoptant désigne l'organe)]⁶⁷ [et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)], une marge de préférence accordée aux soumissions de travaux présentées par des entrepreneurs nationaux, aux soumissions de biens produits localement ou de services de fournisseurs nationaux⁶⁸. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés⁶⁹.

⁶⁵ Le Guide expliquerait que cet alinéa permet à l'entité adjudicatrice d'inclure des caractéristiques comme le caractère environnemental de la ligne de production. Des considérations plus générales liées aux politiques socioéconomiques sont traitées dans les articles 8, 9 et 10 ainsi qu'au paragraphe 4 du présent article.

⁶⁶ Le Guide expliquera qu'il ne serait pas possible d'exprimer tous les critères d'évaluation autres que le prix en termes pécuniaires dans le dialogue compétitif.

⁶⁷ La question du texte entre crochets a été soulevée dans le contexte de dispositions similaires figurant dans la définition des "politiques socioéconomiques" à l'article 2. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce texte devrait être supprimé si bien que la question de l'octroi de marges de préférence devrait relever de la loi ou de la réglementation et ne pas être simplement traitée au cas par cas par une autorité publique. L'exigence d'une approbation pourrait néanmoins être utile pour que les marchés de faible valeur fondés uniquement sur des critères de prix soient soumis à des facteurs socioéconomiques selon la volonté de l'entité adjudicatrice.

⁶⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait élargir les dispositions à d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant en autorisant l'octroi d'une marge de préférence, par exemple, aux petites et moyennes entreprises ou aux fournisseurs venant de groupes ou de régions défavorisés. Il souhaitera peut-être aussi examiner si les dispositions devraient se fonder sur une notion plus large de "contenu d'origine nationale".

⁶⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les marges de préférence s'appliquent à la fois au prix et aux critères d'évaluation autres que le prix énumérés au paragraphe 2 a) à c) (le texte de 1994 limitait l'application de la marge de préférence au prix) et dans toutes les

5. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation⁷⁰:
- a) Si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères⁷¹;
 - b) Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix sous réserve de toute marge de préférence, exprimés dans la mesure où cela est faisable en termes pécuniaires;
 - c) Lorsque des critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, les coefficients de pondération dont seront affectés le prix, sous réserve de toute marge de préférence applicable, et les critères d'évaluation autres que le prix, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article [43], auquel cas l'entité adjudicatrice énumère tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance⁷²;
 - d) Les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.
6. Pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation, et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Aucun critère ou procédure qui n'a pas été énoncé en conformité avec la présente disposition ne sera utilisé⁷³.

méthodes de passation (certains experts en particulier se sont demandés comment les marges de préférence pourraient s'appliquer dans le dialogue compétitif). Le Guide renverra à l'article sur le dossier et le procès-verbal de la passation de marché, qui exige que ce dernier contienne les informations pertinentes sur l'utilisation d'une marge de préférence dans une passation donnée.

⁷⁰ Le Guide renverra aux dispositions correspondantes figurant dans les articles régissant le contenu du dossier de sollicitation dans chaque méthode de passation.

⁷¹ Le Guide expliquerait que le dossier de sollicitation doit indiquer clairement si la sélection se fera en fonction de la soumission au prix le plus bas, de la soumission la plus avantageuse, de la proposition qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice, ou autre, selon le cas.

⁷² Ce texte vise à refléter la règle générale de transparence selon laquelle les fournisseurs devraient être en mesure de voir comment leurs soumissions seront évaluées. Le Secrétariat croit comprendre que le panier des critères autres que le prix inclura des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments subjectifs (l'importance relative que l'entité accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront tous pris en compte pour l'établissement d'un classement qualitatif global. Le prix, y compris toute marge de préférence, est appliqué à ce classement pour déterminer la soumission à retenir. Pour les passations ne reposant pas sur des négociations, l'entité adjudicatrice doit donc divulguer quel sera le poids des facteurs autres que le prix et quel sera leur poids par rapport au prix. Les dispositions ne traitent pas cependant du niveau de détail des critères d'évaluation, ce qui laisse une certaine souplesse à l'entité adjudicatrice. Le Guide expliquera cette approche, et renverra aux dispositions de l'article 43 qui exigent l'énumération des critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance dans la procédure de dialogue compétitif, dans laquelle il est souvent impossible d'établir le coefficient de pondération des critères d'évaluation au début de la procédure de passation.

⁷³ A/64/17, par. 152 à 156.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché⁷⁴

1. Une entité adjudicatrice ne fractionne pas un marché, ni n'utilise une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans le but de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la présente Loi⁷⁵.
2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, l'entité adjudicatrice inclut la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un ou à plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, en tenant compte de toutes les formes de rémunération⁷⁶.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. La documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international à moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national).
2. Les demandes de préqualification, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans la langue de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation, respectivement, ou dans toute autre langue autorisée par ces documents.

⁷⁴ Le Guide expliquera que les dispositions de l'article sont utiles en particulier dans le contexte des seuils, pour les marchés de faible valeur, envisagés dans la Loi type en vue de recourir à la passation de marchés nationaux conformément à l'article 8, à l'appel d'offres restreint ou à la demande de prix (A/CN.9/687, par 63 et 66).

⁷⁵ Les dispositions ont été révisées compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 64).

⁷⁶ Le Guide expliquera que, dans les passations prévoyant la possibilité d'options, la valeur estimée selon cet article sera la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options, comme le prévoient les dispositions correspondantes de l'AMP de l'OMC (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006) (A/CN.9/687, par. 65).

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.2 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant les articles 13 à 23 *bis* du chapitre premier (Dispositions générales).

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES
*(suite)***Article 13 *bis*. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions¹**

1. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification sont indiqués dans l'invitation à soumettre une demande de préqualification et la documentation de préqualification. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions sont indiqués dans le dossier de sollicitation.
2. La date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leur demande ou leur soumission, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.
3. Si elle publie une clarification ou une modification de la documentation de préqualification ou du dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions, reporte si nécessaire cette date afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai raisonnable pour tenir compte dans leur demande ou leur soumission de la clarification ou de la modification.
4. L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou

¹ Nouvel article qu'il est proposé d'ajouter pour regrouper dans un article les dispositions relatives aux dates limites et à leur prorogation que l'on retrouve tout au long de la Loi type et les rendre applicables à toutes les méthodes de passation de marché. Dans le texte de 1994, la question des dates limites et de leur prorogation était uniquement traitée dans le contexte des procédures de préqualification et d'appel d'offres.

entrepreneurs sont dans l'impossibilité de présenter leur demande ou leur soumission d'ici là.

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

Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation²

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

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

3. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs soumissions.

² Le commentaire du Guide précisera que l'entité adjudicatrice ne sera tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle a connaissance de son identité (A/CN.9/668, par. 168).

Article 15. Garanties de soumission³

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

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

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie de soumission et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréés par l'entité adjudicatrice. En cas de passation d'un marché national, le dossier de sollicitation peut en outre spécifier que la garantie de soumission doit être émise par un émetteur dans le présent État;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation, à moins que:

i) L'acceptation de la garantie par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État; ou

ii) L'entité adjudicatrice n'exige, en cas de passation d'un marché national, que la garantie de soumission soit émise par un émetteur dans le présent État⁴;

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

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

f) L'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation toutes conditions concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres

³ Le commentaire du Guide mentionnera l'utilisation, dans certains États, de mécanismes autres que les garanties de soumission, tels que les déclarations de garantie de l'offre que l'entité adjudicatrice peut, dans les cas appropriés, demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs de signer au lieu d'exiger d'eux une garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou l'entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions, comme être disqualifié pour la prochaine passation de marché, en cas de survenue d'un événement normalement couvert par une garantie de soumission. Il ne devrait toutefois pas faire l'objet d'une exclusion étant donné que ce type de sanction ne devrait pas concerner les manquements à caractère commercial. Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés, en augmentant la participation, en particulier, des petites et moyennes entreprises qui autrement ne pourraient pas prendre part à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission.

⁴ On a modifié l'alinéa c) pour le rendre plus clair: les dispositions ont été scindées entre le chapeau et les sous-alinéas i) et ii). Les mots du sous-alinéa ii) ont été ajoutés pour tenir compte d'un renvoi figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Cet article a été supprimé et ses dispositions ont été insérées dans divers articles pour faciliter la lecture.

conditions principales de la garantie de soumission requise; les conditions se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la soumission ne peuvent concerner que⁵:

- i) Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;
 - ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice;
 - iii) Le défaut de fourniture de la garantie de bonne exécution requise, après l'acceptation de la soumission à retenir, ou le manquement, avant la signature du marché, à toute autre condition spécifiée dans le dossier de sollicitation.
2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne, ou fait retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants:
- a) L'expiration de la garantie de soumission;
 - b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;
 - c) La clôture de la procédure de passation de marché sans entrée en vigueur d'un marché;
 - d) Le retrait de la soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Article 16. Procédure de préqualification

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de préqualification afin d'identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article [9] s'appliquent à la procédure de préqualification.
2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à soumettre une demande de préqualification dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle où l'invitation doit être publiée)⁶. À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national⁷, l'invitation à soumettre une demande de

⁵ On a modifié cet alinéa dans la version anglaise pour le clarifier. Les mots "may relate only to" ont remplacé les mots "shall note relate to conduct other than" qui figuraient dans le texte de 1994.

⁶ Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et des dispositions similaires tout au long de la Loi type précisera que la référence au journal officiel doit être interprétée selon le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les publications sous forme papier ou autre et peut donc englober tout journal officiel électronique utilisé dans un État ou un groupe d'États adoptants, comme l'Union européenne. À cet égard, le Guide renverra au commentaire qui accompagnera l'article 5 relatif à la publication des textes juridiques.

⁷ Ce membre de phrase correspond au renvoi figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994, qui a été supprimé dans le projet de loi type révisée.

préqualification est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale.

3. L'invitation à soumettre une demande de préqualification inclut les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;
- c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [9];
- d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
- e) Les moyens d'obtention de la documentation de préqualification et le lieu où elle peut être obtenue⁸;
- f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de préqualification et, après la préqualification, pour la fourniture du dossier de sollicitation⁹;
- g) Si un prix est demandé, les modalités de paiement de la documentation de préqualification et, après la préqualification, les modalités de paiement du dossier de sollicitation et la monnaie de paiement [sauf si l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie en cas de passation d'un marché national]¹⁰;
- h) La ou les langues dans lesquelles la documentation de préqualification et, après la préqualification, le dossier de sollicitation sont disponibles [sauf si l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire en cas de passation d'un marché national]¹¹;

⁸ Cette disposition a été modifiée conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 72).

⁹ Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et des dispositions similaires tout au long de la Loi type précisera que l'entité ne peut pas recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité) par le biais de cette disposition et que le prix demandé devrait se limiter aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant) (A/CN.9/687, par. 134).

¹⁰ Les mots entre crochets correspondent au renvoi figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets devrait plutôt figurer dans le Guide.

¹¹ Id. Le Groupe de travail estimera peut-être en outre qu'il peut être important d'indiquer la ou les langues, même en cas de passation d'un marché national, s'il s'agit d'un pays multilingue.

i) Le mode, le lieu¹² et la date limite de présentation des demandes de préqualification et, s'ils sont déjà connus, le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions, conformément à l'article [13 *bis*] de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire de la documentation de préqualification à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à soumettre une demande de préqualification et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de préqualification ne doit refléter que le coût de la distribution de ladite documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs¹³.

5. La documentation de préqualification inclut les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des demandes de préqualification;

b) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de préqualification, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de préqualification, et l'endroit¹⁴ où ces lois et règlements peuvent être consultés;

e) Toutes autres règles pouvant être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des demandes de préqualification et la procédure de préqualification.

6. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements sur la documentation de préqualification qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des demandes de préqualification. Elle répond dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre en temps voulu sa demande de préqualification. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de préqualification.

¹² Cette disposition a été modifiée conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 72).

¹³ Voir note 9 ci-dessus.

¹⁴ La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat dans cette disposition et d'autres dispositions similaires tout au long de la Loi type, à la suggestion des experts. Le commentaire du Guide expliquera qu'il ne s'agit pas du lieu physique, mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc. où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

7. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à soumettre une demande de préqualification et dans la documentation de préqualification.

8. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

9. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification s'il est ou non préqualifié. Elle communique également à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés¹⁵.

10. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification¹⁶.

Article 17. Abandon de la passation de marché¹⁷

1. L'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché à tout moment [avant l'acceptation de la soumission à retenir]¹⁸. Une fois qu'elle a pris la décision d'abandonner la passation de marché, elle n'ouvre aucune offre ni aucune proposition.

2. La décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et les raisons de cette décision [sont consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et]¹⁹ sont promptement communiquées à tout fournisseur ou

¹⁵ Ce paragraphe a été reformulé conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 73, 91 et 102). Le commentaire du Guide renverra à l'article relatif à la confidentialité, qui prévoit des exceptions à l'information du public.

¹⁶ Les mots "qui en font la demande" ont été supprimés dans ce paragraphe, conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 76).

¹⁷ Cet article a été modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 78 à 80). Le commentaire du Guide expliquera que l'article a pour objet de trouver le juste équilibre entre la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure à tout stade du processus de passation régi par la Loi type [avant l'acceptation de la soumission à retenir] et la nécessité d'accorder une protection appropriée aux fournisseurs et entrepreneurs contre les actes irresponsables des entités adjudicatrices, comme le fait d'abuser de la possibilité d'abandonner la passation pour étudier le marché (A/CN.9/687, par. 81). Il précisera aussi que, même si l'article n'aborde pas les questions de réparation et autres voies de droit, il a des conséquences pour les dispositions de la Loi type relatives aux recours (chapitre VIII).

¹⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les mots entre crochets sont appropriés compte tenu des dispositions de l'article 20-8, qui prévoit la possibilité d'abandonner la passation après l'acceptation de la soumission à retenir si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas le marché écrit requis, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché.

¹⁹ À la dix-septième session du Groupe de travail, on a suggéré que les dispositions de ce type soient retirées des articles où elles se trouvaient et regroupées dans l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. On a aussi proposé que le commentaire du Guide relatif aux articles dont ces dispositions seraient retirées renvoie à l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché (A/CN.9/687, par. 91). Le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à cette proposition, qu'il voudra peut-être

entrepreneur ayant présenté une soumission. L'entité adjudicatrice publie en outre promptement un avis d'abandon de la passation de marché de la même manière et au même endroit qu'ont été publiés toute sollicitation ou tout avis concernant le marché, et renvoie les offres ou propositions qui ne sont pas ouvertes au moment de la décision aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont présentées.

3. À moins que l'abandon de la passation ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part, l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions au seul motif qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article²⁰.

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle a déterminé que le prix, conjugué à d'autres éléments composant la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur la soumission qui suscite des craintes quant à sa capacité à exécuter le marché;

b) Qu'elle ait pris en compte toute information communiquée par le fournisseur ou l'entrepreneur à la suite de sa demande et les informations contenues dans la soumission, mais qu'elle continue sur la base de toutes ces informations d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les raisons qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision sont [consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et] promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

étudier dans le contexte de cette disposition et d'autres dispositions similaires placées entre crochets.

²⁰ Le commentaire du Guide expliquera que le début de la phrase couvre aussi les événements imprévisibles et qu'une responsabilité naît dans des circonstances exceptionnelles. Il expliquera également que l'entité adjudicatrice peut encourir une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit et que, si les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions ont été ouvertes.

**Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la
procédure de passation du marché au motif d'incitations
qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste
ou d'un conflit d'intérêts²¹**

1. L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation du marché si:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur propose, fournit ou convient de fournir, directement ou indirectement à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer²² un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché;

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des normes applicables²³.

2. L'exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché en application du présent article et ses raisons sont [consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et] promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

**Article 20. Acceptation de la soumission à retenir
et entrée en vigueur du marché**

1. L'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir à moins que la passation de marché ne soit abandonnée en application de l'article [17] ou que le fournisseur

²¹ Le commentaire du Guide expliquera que les dispositions de cet article sont subordonnées à d'autres branches du droit d'un État adoptant qui régissent les questions d'anticorruption et sont sans préjudice d'autres sanctions, telles que l'exclusion, qui peuvent être appliquées au fournisseur ou à l'entrepreneur. Dans ce contexte, le Guide renverra à l'article 3 de la Loi type. Tout en soulignant qu'il est nécessaire de renvoyer à d'autres branches du droit pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une mauvaise interprétation des politiques anticorruption de l'État adoptant, le Guide attirera l'attention sur le fait que de tels renvois ne devraient pas, involontairement, faire croire à tort qu'une condamnation pénale serait une condition préalable à l'exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur aux termes de cet article (A/CN.9/687, par. 85). Il abordera également les points suivants: i) les règles applicables (par exemple, les consultants associés à la rédaction du dossier de sollicitation ne devraient pas être autorisés à participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé); ii) les difficultés à établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique; iii) l'association des dispositions relatives aux conflits d'intérêts (qui concernent une situation) et des dispositions sur la corruption (qui est un acte illicite) risque d'être source de confusion et devrait être évitée; et iv) comment la situation d'une filiale devrait être traitée (A/CN.9/687, par. 90).

²² La version anglaise du présent alinéa a été modifiée conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 87).

²³ Le commentaire du Guide expliquera le terme "normes" et soulignera que celles-ci évoluent au fil du temps. Il traitera également les questions du rejet injustifié et de l'instauration d'un mécanisme prévoyant un dialogue entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné, pour évoquer les conflits d'intérêts potentiels, qui s'inspirerait des dispositions de l'article 18 régissant l'examen des soumissions anormalement basses.

ou l'entrepreneur qui présente la soumission à retenir ne soit disqualifié en application de l'article [9] de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été examinée de la décision qu'elle a prise d'accepter la soumission à retenir. L'avis contient, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, si la soumission à retenir a été déterminée sur la base du prix et d'autres critères, le prix du marché et un résumé des autres caractéristiques et avantages relatifs de cette soumission²⁴; et

c) La durée du délai d'attente prévue dans le dossier de sollicitation, [qui est au moins de [...] (nombre précis de jours à déterminer par l'État adoptant)], [raisonnable dans les circonstances de la passation de marché considérée]²⁵, et qui court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été examinée conformément au présent paragraphe.

3. Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas à l'attribution des marchés dans les cas suivants:

a) Lorsqu'un accord-cadre ne comprend pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape²⁶;

b) Lorsque le prix du marché est inférieur à [...] ²⁷; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent de poursuivre la passation de marché sans délai d'attente²⁸.

²⁴ Le commentaire du Guide renverra à la partie du Guide relative au retour d'information aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Celle-ci précisera les raisons pour lesquelles la question du retour d'information doit être traitée dans le Guide uniquement, et non dans la Loi type, en expliquant notamment que les méthodes régissant le retour d'information varient sensiblement non seulement d'un État à l'autre, mais aussi d'un marché à l'autre et que les dispositions en la matière ne sont pas facilement applicables (A/CN.9/687, par. 93).

²⁵ Le contenu de la deuxième paire de crochets tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 92). Le Secrétariat suggère d'envisager des variantes pour le cas où la durée du délai d'attente prévue par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation serait contestée au motif qu'elle est déraisonnable. Si la première variante est conservée, le Guide pourra expliquer les aspects qui devraient être pris en considération pour fixer la durée minimale du délai d'attente dans la Loi, notamment l'impact que cette durée aurait sur les objectifs généraux de la Loi type révisée concernant la transparence, l'obligation de rendre compte, l'efficacité et le traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, et l'impact d'un long délai sur les coûts dont tiendraient compte les fournisseurs ou les entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer ou non à la procédure.

²⁶ A/CN.9/687, par. 96.

²⁷ Le commentaire du Guide attirera l'attention des États adoptants sur les seuils fixés dans d'autres dispositions de la Loi type concernant les marchés de faible valeur, notamment ceux qui justifient le recours à la passation de marchés nationaux ou à la procédure de demande de prix. Le seuil prévu dans la présente disposition pourra être aligné sur eux.

²⁸ Compte tenu des dispositions similaires figurant au chapitre VIII dans le contexte de la

La décision de l'entité adjudicatrice concluant à l'existence de telles considérations et les raisons de cette décision [sont consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché et] sont irréfragables à tous les stades de la procédure de recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, sauf au stade judiciaire.

4. À l'expiration du délai d'attente, ou en l'absence de délai d'attente, l'entité adjudicatrice expédie, rapidement après avoir déterminé la soumission à retenir, l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins qu'un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée) n'en décide autrement.

5. À moins qu'un marché écrit et/ou l'approbation d'une autorité de tutelle ne soit (soient) exigé(s), un marché conforme aux conditions de la soumission à retenir entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant que la soumission est en cours de validité.

6. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de la soumission acceptée:

a) L'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation lui a été expédié;

b) À moins que le dossier de sollicitation ne spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

7. Lorsque le dossier de sollicitation spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ou de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article [15] de la présente Loi.

8. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas le marché écrit requis, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut abandonner la passation ou peut décider d'attribuer le marché à la soumission suivante encore valide dont elle détermine qu'il s'agit d'une soumission à retenir conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation. Si le

suspension de la procédure de passation du marché (article 65), le Groupe de travail voudra peut-être décider si le Guide doit préciser si les considérations qui peuvent être invoquées pour justifier une exception en application de la présente disposition et en application de l'article 65 sont identiques ou non.

marché est attribué à la soumission à retenir suivante, les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à cette soumission.

9. Les avis mentionnés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont promptement et dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par tout moyen fiable spécifié conformément à l'article [7] de la présente Loi.

10. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué promptement aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, dans lequel elle indique le nom du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) auquel (auxquels) le marché ou l'accord-cadre a été attribué.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont la valeur est inférieure à [...] (l'État adoptant indique un montant minimum)²⁹. L'entité adjudicatrice publie périodiquement, mais au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. Les règlements en matière de passation des marchés [peuvent indiquer] [indiquent]³⁰ les modalités de publication des avis requis par le présent article.

Article 22. Confidentialité

1. Dans ses communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs ou avec le public, l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale³¹ ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale, à moins que le tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée) ne l'enjoigne à

²⁹ Le commentaire du Guide pourra préciser que l'État adoptant peut aussi décider de faire référence aux règlements en matière de passation des marchés où ce montant sera défini.

³⁰ Le Groupe de travail estimera peut-être que les dispositions doivent exiger, et non seulement suggérer comme le texte de 1994, que les règlements en matière de passation des marchés prévoient les modalités de publication. Le commentaire du Guide pourra suggérer des règles minimales pour la publication de ce type d'informations.

³¹ Le commentaire du Guide expliquera que les mots "nuirait à la concurrence loyale" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les passations ultérieures (A/CN.9/668, par. 131).

divulguer cette information et, dans ce cas, sous réserve des conditions d'une telle injonction.

2. [Sauf lorsqu'elle fournit ou publie des informations en application des] [Sans préjudice des] articles [20-2, 21, 23 et 36] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice traite les demandes de préqualification et les soumissions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition ou à toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations³².

3. Les discussions, [communications,] négociations et dialogues ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur conformément aux articles [ajouter les renvois aux dispositions pertinentes du chapitre V] de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la loi l'exige ou le tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée)³³ l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise, aucune partie aux discussions, communications, négociations ou dialogues ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant ces discussions, [communications,] négociations ou dialogues sans le consentement de l'autre partie³⁴.

4. Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, l'entité adjudicatrice peut décider ou être tenue de:

- a) Ne pas divulguer au public des informations classifiées;
- b) Imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger ces informations; et
- c) Demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent les exigences visant à protéger ces informations³⁵.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché³⁶

1. L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation de marché qui inclut³⁷ les renseignements suivants:

³² A/64/17, par. 248 et 249. Il est proposé d'ajouter les mots "toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations" suite aux consultations du Secrétariat avec les experts. Cet ajout est conforme aux dispositions similaires prévues à l'article 34-8 de la Loi type de 1994 (article 37-8 du présent projet de texte). Le Guide expliquerait que ces mots renvoient à tout tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de tutelle, de recours ou autre instance compétente autorisée à accéder aux informations en question conformément aux règles de droit applicables de l'État adoptant.

³³ A/CN.9/687, par. 103.

³⁴ A/64/17, par. 250 à 252.

³⁵ A/64/17, par. 248 et 253 à 266.

³⁶ L'article a été sensiblement modifié dans son ensemble pour tenir compte des propositions formulées à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 267 à 280) et des consultations du Secrétariat avec les experts. Le titre de l'article a été modifié compte tenu du nouveau paragraphe 5.

³⁷ A/CN.9/687, par. 104.

- a) Une brève description de l'objet du marché;
- b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou des entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) le marché est conclu et le prix de ce dernier (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) l'accord-cadre est conclu)³⁸;
- c) Un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour décider des moyens de communication et de toute condition de forme;
- d) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article [8], limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour imposer cette limitation;
- e) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à cette autre méthode;
- [f) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché prévue au chapitre V, l'exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à cette méthode particulière³⁹;
- g) En cas de passation de marché impliquant le recours à une enchère électronique inversée, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour avoir recours à cette méthode, des informations concernant la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère, et les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier tout rejet des enchères présentées au cours de la procédure d'enchère⁴⁰;
- h) Si elle décide d'abandonner⁴¹ la passation de marché [conformément à l'article [17] de la présente Loi]⁴², une déclaration à cet effet et les raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre cette décision;
- i) [Si une procédure de passation de marché reposant sur des méthodes autres que l'appel d'offres ouvert]⁴³ [Si la procédure de passation] n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée à cet effet;

³⁸ A/64/17, par. 267 a).

³⁹ Reproduit l'article 11-1 j) de la Loi type de 1994. À examiner conjointement avec le chapitre V, A/64/17, par. 267 e).

⁴⁰ A/64/17, par. 267 d).

⁴¹ A/64/17, par. 267 c).

⁴² Ce renvoi doit être revu à la lumière de la note de bas de page relative à l'article 17-1 et de l'article 20-8 du présent projet.

⁴³ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'exception de l'appel d'offres ouvert, prévue dans le texte de 1994, doit être conservée. En vertu du projet d'article 27 d), qui est fondé sur l'article 19-1 d) de la Loi type de 1994, un échec de l'appel d'offres ouvert justifie le recours à des méthodes de passation reposant sur des négociations. Il devrait par conséquent être important de consigner les raisons pour lesquelles l'appel d'offres ouvert n'a pas abouti à la conclusion d'un marché. Compte tenu de ces considérations, le Secrétariat propose la variante figurant dans la deuxième paire de crochets.

j) Si la procédure de passation de marché a abouti à l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante en application de l'article [20-8], une déclaration motivée à cet effet;

k) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de préqualification, le cas échéant, ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de préqualification ou du dossier de sollicitation;

l) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont soumis des demandes de préqualification, le cas échéant, ou qui ont présenté des soumissions;

m) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, le prix ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que du marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également un résumé des principales conditions de l'accord-cadre);

n) Un résumé de l'évaluation [et de la comparaison] des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article [11-4 b)];

o) Si des facteurs socioéconomiques ont été pris en considération dans la procédure de passation de marché, des renseignements sur ces facteurs et la manière dont ils ont été appliqués⁴⁴;

p) Si la soumission est rejetée conformément à l'article [18] ou si le fournisseur ou l'entrepreneur est exclu de la procédure de passation du marché conformément à l'article [19], une déclaration à cet effet et les raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

q) Si aucun délai d'attente n'a été appliqué, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour ne pas appliquer de délai d'attente conformément à l'article [20-3];

r) Si la procédure de passation de marché fait l'objet d'un recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, un résumé de la réclamation, de la procédure de recours et de la décision prise à chaque stade de la procédure de recours;

s) Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre des mesures et imposer des prescriptions aux fins de protéger ces informations, y compris toutes exceptions à l'application des dispositions de la présente Loi exigeant l'information du public;

t) [Ajouter les autres renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi (par exemple, le recours à la sollicitation directe lorsque l'entité a le choix entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe (article 11-1 k) de la Loi type de 1994)]⁴⁵.

⁴⁴ Ajouté conformément aux paragraphes 165 et 267 b) du document A/64/17.

⁴⁵ Le Groupe de travail voudra peut-être inclure une autre disposition spécifique, concernant par exemple la décision (et les raisons motivant celle-ci) de limiter la participation aux enchères

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas [a) à f)]⁴⁶ du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après [que la soumission à retenir a été acceptée] [l'entrée en vigueur du marché] ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre).

3. Sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions de l'article [36-3], la partie du procès-verbal visée aux alinéas [g) à p)] du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui ont présenté une soumission, ou une demande de préqualification, après [que la soumission à retenir a été acceptée] [l'entrée en vigueur du marché] ou après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre). Seul un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée)⁴⁷ peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas [k) à n)] soit faite plus tôt.

4. Sauf injonction d'un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée)⁴⁸, et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

[a) Aucune information du procès-verbal de la procédure de passation de marché⁴⁹ dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs, nuirait à la concurrence loyale ou compromettrait des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale⁵⁰;

b) Aucune information relative à l'examen, à l'évaluation [et à la comparaison] des soumissions, ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé mentionné au paragraphe [1 n)] du présent article.

électroniques inversées et aux accords-cadres ouverts en raison de contraintes technologiques. En outre, d'autres informations ne figurant pas dans la Loi type de 1994 peuvent être ajoutées. Voir à cet égard les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sect. H. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager d'inclure une disposition "fourre-tout" à la fin de la liste au paragraphe 1, prévoyant que toutes les décisions importantes prises dans le cadre d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent doivent être consignées, même si la Loi type ne prévoit aucune exigence spécifique concernant leur inscription au procès-verbal.

⁴⁶ Il a été proposé d'étendre les informations du procès-verbal pouvant être divulguées au public suite aux consultations du Secrétariat avec les experts. Le renvoi à l'article 36-3 qui figurait dans ce paragraphe a été supprimé car il n'est pas applicable au public.

⁴⁷ A/CN.9/687, par. 103.

⁴⁸ A/CN.9/687, par. 103.

⁴⁹ A/64/17, par. 275.

⁵⁰ Le Groupe de travail estimera peut-être que cette disposition est inutile compte tenu de l'article 22-1 proposé.

5. L'entité adjudicatrice enregistre, archive et conserve tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres dispositions de la législation⁵¹.

Article 23 bis. Code de conduite

Un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices, adopté conformément aux lois du présent État et traitant, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans les marchés publics et, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation, est promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour⁵².

⁵¹ Le commentaire du Guide expliquera que ces dispositions reflètent une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3). Le Guide expliquera aussi la nécessité de préserver les documents et renverra aux règles applicables à leur enregistrement et archivage. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec les dossiers de la passation d'un marché particulier, il peut inclure ces éléments dans les règlements.

⁵² Le Secrétariat a suggéré d'ajouter ces nouvelles dispositions, qui sont fondées sur les dispositions qu'il avait été proposé à l'origine d'intégrer à l'article consacré aux règlements en matière de passation des marchés. À la dix-septième session du Groupe de travail, on avait toutefois craint qu'en plaçant les dispositions relatives au code de conduite dans cet article, on ne donne à tort l'impression que les questions touchant au code de conduite des administrateurs des entités adjudicatrices devaient toujours être régies par les règlements en matière de passation des marchés. Il a été noté que, dans certains États, ces questions relevaient de la législation. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de reformuler les dispositions de manière à bien tenir compte des différentes approches suivies d'un État à l'autre pour édicter des règles sur ces questions (A/CN.9/687, par. 31 et 32). Le commentaire du Guide renverra à l'article 5-1 de la présente Loi qui traite de la publication des textes juridiques.

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.3 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre II (Méthodes de passation des marchés et méthodes de sollicitation) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 24 à 29 *quinquies*, et le chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type révisée qui comprend les articles 30 à 38.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET MÉTHODES DE SOLLICITATION, ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES**SECTION I. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES****Article 24. Méthodes de passation des marchés**

1. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes:
 - a) Appel d'offres ouvert;
 - b) Appel d'offres restreint;
 - c) Demande de prix;
 - d) Demande de propositions sans négociation;
 - e) Appel d'offres en deux étapes;
 - f) Demande de propositions avec dialogue;
 - g) Demande de propositions avec négociations consécutives;
 - h) Négociation avec appel à la concurrence;
 - i) Enchère électronique inversée;
 - j) Sollicitation d'une source unique.
2. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre VII.

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. Sauf disposition contraire des articles [26 à 29] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.
2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert uniquement en conformité avec les articles [26 à 29]. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible.
- [3. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle inclut dans le procès-verbal requis à l'article [23] un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.]¹

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

1. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à l'appel d'offres restreint conformément à l'article [39] lorsque:
 - a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou
 - b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché².
2. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à la demande de prix conformément à l'article [40] pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.
3. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article [41], avoir recours à la demande de propositions sans négociation, quand elle a besoin d'examiner³ les

¹ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer cette disposition ainsi que les dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, et de ne les mentionner que dans l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

² Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 113 à 115).

³ Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 174).

aspects financiers⁴ des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques de la proposition⁵.

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue et [demande de propositions avec négociations consécutives])⁶

L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article [42], à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article [43] [ou à la demande de propositions avec négociations consécutives⁷ conformément à l'article [44], dans les circonstances suivantes⁸:

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée⁹ de l'objet du marché conformément à l'article [10] et recourt à la méthode

⁴ Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 119 et 176).

⁵ Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si cette méthode de passation devrait être traitée séparément et réservée uniquement à la passation de marchés de services de consultants (A/CN.9/687, par. 128), et s'il faudrait une méthode distincte pour ces services.

⁶ Le Groupe de travail est convenu de traiter ultérieurement la question de savoir si toutes les méthodes envisagées dans l'article devaient être conservées et si certaines devaient être réservées à des types particuliers de marchés, comme les marchés de services de consultants, lorsqu'il examinerait les procédures pour chaque méthode de passation, conjointement avec les conditions d'utilisation correspondantes. Il a toutefois confirmé sa position selon laquelle, en principe, toutes les méthodes pouvaient être utilisées pour tous les types de passation de marchés (A/CN.9/687, par. 128). Il a été proposé d'expliquer, dans le commentaire du Guide, que les conditions d'utilisation prévues dans cet article ne pouvaient traiter entièrement les considérations soulevées par le choix de la méthode de passation et qu'en fait il ne conviendrait peut-être pas qu'elles le fassent. Le choix ne serait peut-être pas susceptible de contestation dans la pratique et l'essentiel devrait être de permettre une prise de décisions structurée de la part de l'entité adjudicatrice et de gérer les risques que de telles décisions pouvaient comporter. Le Guide présentera un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues aux articles 26 et 27 et entre celles prévues à l'article 26, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices. Le commentaire abordera en outre les éléments de ce choix qui ne pourraient pas faire l'objet d'un texte législatif et s'inspirera d'exemples tirés de la pratique (A/CN.9/687, par. 121 à 127).

⁷ Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si cette méthode de passation des marchés devrait être traitée séparément et réservée uniquement à la passation de marchés de services de consultants (A/CN.9/687, par. 128), et s'il faudrait une méthode distincte pour ces services.

⁸ Dans le commentaire du Guide, l'État adoptant sera averti que, compte tenu des risques que comportent les méthodes de passation reposant sur des négociations, il peut exiger que le recours à ces méthodes soit soumis à l'approbation d'une autorité de tutelle. Dans ce cas, il souhaitera peut-être modifier le début du paragraphe 1 du présent article en insérant le membre de phrase suivant "Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation)" (A/CN.9/687, par. 193).

⁹ Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 122).

concernée après avoir estimé que la discussion, le dialogue ou la négociation est nécessaire¹⁰ afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) En cas de passation de marché pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale essentielles, l'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est celle qui convient le mieux pour la passation du marché; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché [conformément à l'article [17]] ou a rejeté toutes les offres conformément à l'article [37-3]¹¹, et elle juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV aboutisse à la conclusion d'un marché.

Article 27 bis. Conditions d'utilisation de la négociation avec appel à la concurrence

L'entité adjudicatrice peut avoir recours aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article [45] de la présente Loi, dans les circonstances suivantes:

a) Lorsqu'il y a besoin d'urgence de l'objet du marché et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure de l'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine du besoin urgent et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique l'objet du marché est nécessaire d'urgence, et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait; et

c) En cas de passation de marché pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale essentielles, lorsque l'entité adjudicatrice considère que l'utilisation de toute autre méthode de passation n'est pas appropriée¹².

¹⁰ Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 193).

¹¹ Correspond aux renvois, figurant dans l'article 19-1 d) de la Loi type de 1994, aux articles 12, 15 et 34-3 de ce texte.

¹² Le Guide expliquera que les dispositions des alinéas a) à c) ne portent pas atteinte au principe général énoncé à l'article 25-2 aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible quand elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la négociation avec appel à la concurrence est appropriée, comme l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode qui assurera une concurrence

Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

L'entité adjudicatrice peut recourir à une enchère électronique inversée pour passer un marché ou peut y recourir comme étape précédant l'attribution d'un marché dans [d'autres méthodes, selon le cas] [l'appel d'offres restreint, l'appel d'offres en deux étapes, ...] ou une "procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape"¹³, conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi et dans les conditions suivantes:

- a) Lorsqu'il lui est possible de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché;
- b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une véritable concurrence soit assurée; et
- c) Lorsque les critères qu'elle utilisera pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.

Article 29. Conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique¹⁴

L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article [46] de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

- a) L'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

maximale dans les circonstances de la passation considérée sans compromettre d'autres considérations non moins importantes, telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché.

¹³ Le libellé précédent, "dans d'autres méthodes de passation, dans les cas appropriés, pour déterminer la soumission à retenir", a été modifié pour faire référence à l'étape précédant l'attribution du marché. Il impliquait que l'enchère pouvait être utilisée pour l'attribution d'un accord-cadre plutôt que pour l'attribution d'un marché au titre d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape. Le Secrétariat estime qu'il ne serait pas approprié de conduire une enchère pour l'attribution d'un accord-cadre. Il est également proposé, plutôt que d'insérer un libellé ambigu comme "dans d'autres méthodes de passation, dans les cas appropriés", de préciser dans quelles méthodes ou procédures de passation en vertu de la Loi type l'enchère peut être utilisée comme étape. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur ces dispositions après avoir achevé l'examen des articles définissant les procédures pour chaque méthode de passation. Le Secrétariat est d'avis que les conditions d'utilisation, procédures et règles concernant la plupart des méthodes ne sont pas compatibles avec celles de l'enchère.

¹⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il devrait aussi être possible de recourir à cette méthode pour les marchés d'objets de très faible valeur définis dans les règlements en matière de passation des marchés.

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait¹⁵;

c) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) En cas de passation de marché pour des raisons de défense nationale ou de sécurité nationale essentielles¹⁶, lorsque l'entité adjudicatrice considère qu'aucune autre méthode de passation ne convient; ou¹⁷

e) Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique dudit État énoncée dans les règlements en matière de passation des marchés, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

Article 29 bis. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre¹⁸

1. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au chapitre VII lorsqu'elle estime que:

a) L'objet du marché devrait être nécessaire de manière [récurrente ou indéterminée]¹⁹ au cours d'une période donnée; ou

¹⁵ Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 129 et 131). Le Guide expliquera que cette disposition ne porte pas atteinte au principe général énoncé à l'article 25-2 aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible quand elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique est appropriée, comme la négociation avec appel à la concurrence, l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode qui assurera une concurrence maximale dans les circonstances de la passation considérée sans toutefois compromettre d'autres considérations non moins importantes, telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché.

¹⁶ A/64/17, par. 119.

¹⁷ A/CN.9/687, par. 131.

¹⁸ L'article a été transféré du chapitre VII.

¹⁹ L'une des questions que le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur est la proposition, faite à la quinzième session, de revoir la question de l'insertion et de l'étendue des conditions d'utilisation des accords-cadres (A/CN.9/668, par. 227 à 229). Des participants à la

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée; ou

[c) Autres motifs et circonstances qui justifient le recours à une procédure d'accord-cadre.]²⁰

[2. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi.]²¹

SECTION II. MÉTHODES DE SOLLICITATION ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 29 *ter*. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation

1. Dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation, l'entité adjudicatrice sollicite des soumissions en publiant la sollicitation dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée).

2. À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national, la sollicitation est également publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion

session ont proposé au Secrétariat les variantes entre crochets, pour examen ultérieur par le Groupe de travail, en expliquant que le terme "indéterminée" signifiait que le moment de la survenance du besoin et/ou les quantités nécessaires étaient inconnus. En juillet 2009, le comité de rédaction informel composé de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, a recommandé que le Guide pour l'incorporation explique qu'une entité adjudicatrice devrait fournir une estimation des quantités futures dans le dossier de sollicitation, notamment pour donner des orientations aux fournisseurs potentiels sur les besoins possibles de l'acheteur public. Le Guide devrait également expliquer pourquoi la Loi type fait référence à des quantités indéterminées, en indiquant par exemple qu'il est possible qu'un article ne soit commandé qu'une fois.

²⁰ À la quinzième session du Groupe de travail, on a proposé d'insérer un alinéa c) supplémentaire qui autoriserait, en termes généraux, l'entité adjudicatrice à recourir à des procédures d'accords-cadres sous réserve qu'elle justifie sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation (A/CN.9/668, par. 228). Le comité de rédaction informel a recommandé en juillet 2009 que le Guide donne des exemples de circonstances qui pourraient justifier le recours à cette méthode de passation.

²¹ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer cette disposition ainsi que les dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, et de ne les mentionner que dans l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale²².

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas en cas de préqualification conformément à l'article [16] ou en cas de présélection conformément à l'article [43].

Article 29 *quater*. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique

1. Dans le cadre de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice sollicite des soumissions directement d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable. S'agissant de la sollicitation d'une source unique dans les circonstances visées à l'article [29], l'entité adjudicatrice peut solliciter une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique.

2. Dans le cadre de l'appel d'offres restreint, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique²³, l'entité adjudicatrice publie un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée). L'avis comporte, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;
- c) Une déclaration faite conformément à l'article [8]; et
- d) La méthode de passation utilisée.

3. Les dispositions du paragraphe 2 ne s'appliquent pas à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées lorsque l'entité adjudicatrice s'abstient de publier ces informations afin de les protéger, ou dans les situations d'urgence mentionnées aux articles [27 *bis* et 29 b)]. [L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier une exception à l'exigence de publication de l'avis de passation prévue au paragraphe 2 du présent article.]²⁴

²² Le Guide précisera que la publicité internationale se développe pour promouvoir le commerce régional et faciliter les contestations à l'échelle internationale.

²³ À sa dix-septième session, le Groupe de travail a décidé que l'obligation de publier l'avis de marché ne devrait pas s'appliquer à la procédure de demande de prix (A/CN.9/687, par. 171). Le Guide devrait énoncer les raisons de cette exception (A/CN.9/687, par. 171).

²⁴ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer cette disposition ainsi que les dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, et de ne les mentionner que

Article 29 *quinquies*. Sollicitation dans le cadre de la procédure de demande de propositions

1. L'article [29 *ter*] s'applique *mutatis mutandis* à la sollicitation de propositions dans le cadre d'une demande de propositions sans négociation, d'une demande de propositions avec dialogue²⁵ et d'une demande de propositions avec négociations consécutives, sauf lorsque la sollicitation directe est exigée dans ces procédures de passation, pour les raisons suivantes:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'après d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable²⁶.

2. [L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe²⁷.]

3. Les dispositions de l'article [29 *quater*-2] s'appliquent à la sollicitation directe dans le cadre de la procédure de demande de propositions prévue au titre du présent article, sauf lorsque la passation de marché met en jeu des informations classifiées et que l'entité adjudicatrice s'abstient de publier l'avis de passation de marché afin de protéger lesdites informations. [L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier une exception à l'exigence de publication de l'avis de passation]²⁸.

dans l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

²⁵ Le Secrétariat croit comprendre que, si l'intention première du Groupe de travail était d'envisager, dans cette méthode de passation, la sollicitation ouverte dans tous les cas, sa position a évolué après qu'il eut examiné les conditions justifiant le recours à la sollicitation directe, notamment dans le cas de passations de marché mettant en jeu des informations classifiées.

²⁶ Fondé sur les dispositions de l'article 37-3 de la Loi type de 1994 et du par. 265 du document A/64/17.

²⁷ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer cette disposition ainsi que les dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, et de ne les mentionner que dans l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision quant à cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

²⁸ Ibid.

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES

Article 30. Procédures de sollicitation des offres

L'entité adjudicatrice sollicite des offres en émettant une invitation à soumettre une offre conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*].

Article 31. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

L'invitation à soumettre une offre comporte²⁹, au minimum, les renseignements suivants:

- a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
- b) Un résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;
- c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article [9];
- d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
- e) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu³⁰;
- f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;
- g) Si un prix est demandé pour le dossier de sollicitation, les modalités et la monnaie de paiement [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie]³¹;
- h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]³²;

²⁹ A/CN.9/687, par. 133.

³⁰ A/CN.9/687, par. 72.

³¹ Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide.

³² Ibid. Le Groupe de travail estimera peut-être également que, même en cas de passation d'un marché national, l'indication de la ou des langues peut être importante dans certains pays multilingues.

- i) Le mode, le lieu et le délai de présentation des offres.

Article 32. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation à soumettre une offre conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées. Si une procédure de préqualification a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui est préqualifié et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 33. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte³³ les renseignements suivants:

- a) Des instructions pour l'établissement des offres;
- b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article [9], qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et pour confirmer les qualifications en application de l'article [37-6];
- c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;
- d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [10]; la quantité de biens³⁴; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, où les travaux doivent être effectués ou encore où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services³⁵;
- e) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties³⁶;
- f) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées [et comparées];
- g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être présentées;

³³ A/CN.9/687, par. 133.

³⁴ Le Guide précisera que, dans certains cas, il peut s'agir de la quantité estimative, avec des renvois aux dispositions pertinentes dans le chapitre sur les accords-cadres.

³⁵ A/CN.9/687, par. 136.

³⁶ Le Guide précisera le sens des mots "document contractuel" dans cette disposition, par opposition aux exigences figurant à l'alinéa x) du présent article.

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie]³⁷;

j) La ou les langues, conformément à l'article [13], dans lesquelles les offres doivent être établies [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]³⁸;

k) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs présentant des offres conformément à l'article [15], et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux;

l) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

m) Le mode, le lieu et le délai de présentation des offres, conformément à l'article [13 *bis*]³⁹;

n) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [14], les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article [35];

p) Le mode, le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article [36]⁴⁰;

q) Des informations sur les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

r) Des informations sur les critères et la procédure d'évaluation des offres, conformément à l'article [11];

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation [et la comparaison] des offres en application de l'article [37-5] et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une mention précisant que

³⁷ Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide.

³⁸ Ibid. Le Groupe de travail estimera peut-être également que, même en cas de passation d'un marché national, l'indication de la ou des langues peut être importante dans certains pays multilingues.

³⁹ A/CN.9/687, par. 139.

⁴⁰ Id.

sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]⁴¹;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit⁴² où ces lois et règlements peuvent être consultés;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché⁴³;

w) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois que l'offre à retenir a été acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché⁴⁴.

⁴¹ Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide.

⁴² La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat compte tenu des suggestions des experts. Le Guide précisera qu'il ne s'agit pas du lieu physique mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc., où les textes de lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

⁴³ A/CN.9/687, par. 139.

⁴⁴ Dans le contexte de la discussion tenue à la dix-septième session du Groupe de travail sur la correction des erreurs arithmétiques (projet d'article 37-1), on s'est demandé s'il pouvait être utile d'exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont de telles erreurs seraient corrigées (A/CN.9/687, par. 151). Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être se demander s'il convient de modifier l'article pour prévoir une telle exigence.

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 34. Présentation des offres

[Les anciens paragraphes 1 à 4 ont été supprimés pour tenir compte du nouvel article 13 bis proposé.]

1. Les offres sont présentées selon le mode, le lieu et le délai spécifiés dans le dossier de sollicitation.
2. a) Les offres sont présentées par écrit et sont signées, et:
 - i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou
 - ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, qui assurent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;
- b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue⁴⁵;
- c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que leur contenu ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi.
3. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres n'est pas ouverte et est renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

Article 35. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.
2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission⁴⁶;
- b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie

⁴⁵ Le Guide examinera la nature du reçu devant être délivré et indiquera que la certification de la réception par l'entité adjudicatrice a un caractère irréfragable (A/CN.9/668, para. 173).

⁴⁶ Le Guide précisera que dans ce cas, l'offre du fournisseur ou de l'entrepreneur cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité initiale spécifiée dans le dossier de sollicitation (A/CN.9/687, par. 143).

de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de présentation des offres.

SECTION III. ÉVALUATION [ET COMPARAISON] DES OFFRES

Article 36. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres⁴⁷. Elles sont ouvertes sur le lieu et selon le mode et les procédures spécifiés dans le dossier de sollicitation⁴⁸.

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct⁴⁹.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres requis à l'article [23]⁵⁰.

⁴⁷ Les mots "ou à la date indiquée en cas de report de la date limite initiale" ont été supprimés au regard de la définition du dossier de sollicitation, qui prend en compte les modifications apportées au dossier: tout report de la date limite initialement prévue dans le dossier de sollicitation est considéré comme une modification du dossier de sollicitation initialement publié.

⁴⁸ Le Guide expliquera les risques qu'il y a à s'écarter des exigences de la Loi type aux termes de laquelle les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres, et les considérations d'ordre pratique dont il faudrait tenir compte pour se conformer à ces exigences (A/CN.9/687, par. 150).

⁴⁹ Le Guide précisera que le lieu, le mode et les procédures fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres devraient permettre la présence des fournisseurs ou des entrepreneurs (A/CN.9/668, par. 178). Il donnera également des précisions sur la présence "présumée" ou "virtuelle" des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des offres.

⁵⁰ Le Guide expliquera que toutes les offres reçues après la date limite seront renvoyées sans avoir été ouvertes, mais que leur soumission (tardive) sera consignée au procès-verbal.

Article 37. Examen, évaluation [et comparaison] des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou un entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation [et la comparaison];

b) L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a présenté l'offre⁵¹;

c) Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée⁵².

2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice considère une offre comme étant conforme si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [10] de la présente Loi;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation [et de la comparaison] des offres.

3. L'entité adjudicatrice rejette une offre:

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées aux articles [18 et 19].

4. a) L'entité adjudicatrice évalue [et compare] les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère ne peut être utilisé s'il ne figure pas dans le dossier de sollicitation;

⁵¹ Le Guide précisera les règles et principes applicables à la correction, par l'entité adjudicatrice, des erreurs arithmétiques.

⁵² Le paragraphe a été reformulé pour que l'exigence de l'alinéa c) s'applique à la fois aux alinéas a) et b). Dans le texte de 1994, cette exigence figurait uniquement à l'alinéa a), ce qui soulevait des questions sur l'étendue des corrections qu'il était permis d'apporter aux erreurs arithmétiques au titre de l'alinéa b). Le Secrétariat croit comprendre qu'au titre des alinéas a) et b), aucune modification ne peut être apportée quant au fond.

- b) L'offre à retenir est:
- i) Lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre proposant le prix le plus bas⁵³; ou
 - ii) Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre la plus avantageuse⁵⁴ établie sur la base des critères et procédures d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [11].
5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la monnaie indiquée dans le dossier de sollicitation conformément au taux spécifié dans ce dernier en application de l'article [33 s)]⁵⁵.
6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16], l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9]. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de préqualification a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.
7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes en cours de validité, étant entendu qu'elle se réserve le droit d'abandonner la passation de marché, conformément à l'article [17-1].
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 aucune autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation [ou à la comparaison] des offres ou au choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions des articles [20, 22 et 23]⁵⁶.

Article 38. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre qu'il a présentée.

⁵³ A/CN.9/687, par. 153.

⁵⁴ A/CN.9/687, par. 153 et 155. Le Guide mettra en évidence l'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994 pour justifier le remplacement des termes "offre la plus basse selon l'évaluation" utilisés dans ce contexte dans la Loi type de 1994.

⁵⁵ A/CN.9/687, par. 157.

⁵⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette disposition en même temps que les nouveaux articles 22 et 23-4 b) proposés, et en particulier se demander si ces dispositions apparentées devraient être regroupées dans l'article 22.

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.4 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre IV [Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)], qui comprend les articles 39 à 41, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE IV. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS NE REPOSANT PAS SUR DES NÉGOCIATIONS (APPEL D'OFFRES RESTREINT, DEMANDE DE PRIX ET DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION)**Article 39. Appel d'offres restreint¹**

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions de l'article [29 *quater*] et du paragraphe 2 du présent article.
2. a) Lorsqu'elle lance un appel d'offres restreint au motif que l'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs², l'entité adjudicatrice sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;
- b) Lorsqu'elle lance un appel d'offres restreint au motif que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, l'entité adjudicatrice sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

¹ L'article a été amendé conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session et compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II (A/CN.9/687, par. 159 à 169) proposée. En particulier, les dispositions sur la procédure de présélection ont été supprimées.

² Le commentaire du Guide donnera des exemples de situations exceptionnelles dans lesquelles ces cas s'appliqueront (A/CN.9/687, par. 159 et 160).

3. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 40. Demande de prix

1. L'entité adjudicatrice demande des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet d'un prix qu'il a donné.

3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix³.

Article 41. Demande de propositions sans négociation

1. Sauf dans les cas de sollicitation directe en vertu de l'article [29 *quinquies*], l'entité adjudicatrice émet une invitation à participer à la procédure de passation conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*].

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, y compris les caractéristiques techniques, qualitatives et autres auxquelles la proposition doit se conformer, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];

e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9];

f) Les critères et procédures pour l'ouverture des propositions ainsi que pour leur examen et évaluation, conformément aux articles [10 et 11], y compris les exigences minimales concernant leurs caractéristiques techniques et qualitatives, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

³ A/CN.9/687, par. 170.

g) Les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions et le lieu où elles peuvent être obtenues;

h) Le prix exigé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;

i) Si un prix est exigé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement de cette demande, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie]⁴;

j) La ou les langues dans lesquelles les demandes de propositions sont disponibles [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]⁵;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsque l'invitation à participer à la procédure de passation de marché a été envoyée, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de sollicitation directe, aux fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle a sélectionnés⁶.

4. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à f) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, dont des instructions priant les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les caractéristiques techniques et qualitatives de la proposition et l'autre les aspects financiers;

b) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée⁷, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]⁸;

⁴ Le libellé entre crochets correspond au renvoi pertinent figurant dans l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu de ce libellé aurait davantage sa place dans le Guide.

⁵ Id. Le Groupe de travail estimera peut-être également que, même en cas de passation d'un marché national, l'indication de la ou des langues peut être importante dans certains pays multilingues.

⁶ Le Secrétariat croit comprendre que les dispositions sur la présélection de l'article 43 ne s'appliqueraient pas à cette méthode de passation.

⁷ Fondé sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

⁸ Le libellé entre crochets correspond au renvoi pertinent figurant dans l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu de ce libellé aurait davantage sa place dans le Guide.

c) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes⁹;

d) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions¹⁰;

e) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit¹¹ où ces lois et règlements peuvent être consultés¹²;

f) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire¹³;

g) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application¹⁴;

h) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation¹⁵;

i) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché¹⁶.

⁹ Fondé sur l'alinéa k) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁰ Fondé sur l'alinéa q) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹¹ La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat à la suggestion des experts. Le commentaire du Guide précisera qu'il ne s'agit pas du lieu physique, mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc., où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

¹² Fondé sur l'alinéa s) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa t) de l'article 33 du projet actuel).

¹³ Fondé sur l'alinéa p) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁴ Fondé sur l'alinéa t) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa w) de l'article 33 du projet actuel).

¹⁵ Fondé sur l'alinéa u) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁶ Fondé sur l'alinéa v) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice en examine et évalue les caractéristiques techniques et qualitatives conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.
6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques et qualitatives des propositions sont immédiatement consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.
7. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives ne répondent pas aux exigences minimales applicables sont considérées comme non conformes et sont rejetées pour ce motif. L'avis de rejet et les raisons du rejet¹⁷, ainsi que l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, sont promptement envoyés à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.
8. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables, ou les dépassent, sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière. Elle invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leur proposition.
9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.
10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix¹⁸.

¹⁷ A/CN.9/687, par. 178.

¹⁸ A/CN.9/687, par. 179 à 181. Cet article vise l'attribution d'un marché selon la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix. Le commentaire du Guide précisera que l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché à la proposition offrant le prix le plus bas uniquement si elle fixe un seuil suffisamment élevé pour les caractéristiques qualitatives et techniques minimales des propositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice examinerait les caractéristiques techniques et qualitatives des propositions avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers, et rejeterait celles qui ne sont pas conformes. Aucune évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions conformes ne serait effectuée et donc aucune note ne serait attribuée dans la mesure où les notes ne sont pas utiles lorsque le marché est attribué à la proposition conforme offrant le prix le plus bas.

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre V [Méthodes de passation de marchés reposant sur des négociations (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique], qui comprend les articles 42 à 46, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE V. MÉTHODES DE PASSATION DE MARCHÉS REPOSANT SUR DES NÉGOCIATIONS (APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE)**Article 42. Appel d'offres en deux étapes¹**

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.
2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

¹ Le commentaire du Guide notera que des variantes de l'appel d'offres en deux étapes sont utilisées dans la pratique et pourra en présenter certaines. Il expliquera par ailleurs que cet article de la Loi type se concentre sur les caractéristiques essentielles de cette méthode qui valent pour toutes les variantes (A/CN.9/687, par. 182). Il exposera en outre les risques, en particulier le risque élevé de collusion, posés par cette méthode de passation (A/CN.9/687, par. 186).

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi², des discussions³ au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsque l'entité adjudicatrice engage des discussions avec un fournisseur ou un entrepreneur, elle offre des chances égales de participer aux discussions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs⁴.

4. a) Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée⁵ à présenter des offres définitives accompagnées de prix correspondant à une description unique de l'objet du marché.

b) Lorsqu'elle formule cette description, elle peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché, tel qu'énoncé dans le dossier de sollicitation, et ajouter toute nouvelle caractéristique conforme aux dispositions de la présente Loi⁶.

c) Elle peut supprimer ou modifier tout critère pour l'examen ou l'évaluation des offres énoncé dans le dossier de sollicitation et ajouter tout nouveau critère conforme aux dispositions de la présente Loi, dans la mesure uniquement où la suppression ou la modification est rendue nécessaire par les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché⁷.

d) Toute suppression, toute modification ou tout ajout effectué en application des alinéas b) ou c) ci-dessus est porté à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive qui leur est adressée.

e) Le fournisseur ou entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir⁸.

f) Les offres définitives sont évaluées [et comparées] en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article [37-4 b)].

² Le commentaire du Guide renverra aux dispositions pertinentes, en soulignant que cette procédure implique une évaluation de la conformité.

³ A/CN.9/687, par. 184.

⁴ A/CN.9/687, par. 183.

⁵ Le commentaire du Guide expliquera que les mots employés dans ces dispositions ne doivent pas donner l'impression que les offres peuvent être rejetées après les discussions visées au paragraphe 3 du présent article.

⁶ Le commentaire du Guide expliquera que les modifications visent à rendre la description de l'objet du marché plus précise (A/CN.9/687, par. 186).

⁷ A/CN.9/687, par. 188 à 190. Le commentaire du Guide expliquera que les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives entraîneront peut-être nécessairement des modifications des critères d'examen et/ou d'évaluation, car autrement ces critères, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques et qualitatives applicables.

⁸ Le commentaire du Guide précisera comment s'applique l'article relatif aux garanties de soumission dans le contexte des procédures en deux étapes, en indiquant notamment à quelle étape d'une procédure de telles garanties peuvent être requises.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue^{9, 10}

1. Sauf en cas de sollicitation directe en application de l'article [29 *quinquies*] ou de présélection, l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à la procédure de passation de marché conformément à l'article [29 *ter*].
2. L'invitation comporte les renseignements suivants:
 - a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
 - b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;
 - c) Les étapes prévues de la procédure;
 - d) Les exigences minimales établies par l'entité adjudicatrice¹¹ et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront considérées comme non conformes et écartées de la procédure;
 - e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article [9],
 - f) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
 - g) Les moyens d'obtenir la demande de propositions et le lieu où elle peut être obtenue;

⁹ Le présent article a été modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 192 à 208) et à la nouvelle section II du chapitre II.

¹⁰ Cette méthode de passation est possible pour tous les types de marchés, y compris les marchés de services consultatifs non quantifiables. Toutefois, l'attention du Groupe de travail est appelée sur la discussion dans le document A/CN.9/WG.I/WP.71 concernant les caractéristiques particulières de la passation des marchés de services consultatifs. Le Groupe de travail est invité à examiner si une méthode de passation spécialement conçue pour ces marchés devrait figurer dans la Loi type révisée. Une autre solution serait d'expliquer dans le Guide que, pour ces marchés, les règlements pourraient prévoir des étapes ou dispositions supplémentaires. Par exemple, il n'est pas nécessaire que les propositions contiennent des éléments financiers ou mentionnent le prix lorsque le coût n'est pas un critère d'évaluation, ou n'est pas un critère d'évaluation important; les propositions pourraient être présentées dans deux enveloppes, l'une avec les aspects techniques et l'autre avec les aspects financiers, une étape supplémentaire pouvant prévoir l'ouverture publique des enveloppes, lors d'une ou de deux séances. S'agissant des critères d'évaluation dans ce type de marchés, le Guide pourrait expliquer que, pour les services consultatifs non quantifiables, les aspects à prendre en considération peuvent inclure: i) le coût, ii) l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, iii) la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, iv) les qualifications du personnel clef proposé, v) le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément important de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission, et vi) le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

¹¹ Le Groupe de travail voudra peut-être prévoir un renvoi à l'article [10], pour que les dispositions sur l'objectivité de cet article s'appliquent à la description de l'objet du marché et aux exigences minimales.

h) Le prix exigé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;

i) Si un prix est exigé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement de cette demande, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie]¹²;

j) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]¹³;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. Pour limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle demande des propositions, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. Les dispositions de l'article [16] de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à cette procédure, sauf dans la mesure où le présent paragraphe déroge auxdites dispositions:

a) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de présélection qu'elle ne demandera des propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection;

b) Le dossier de présélection indique le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la manière dont ils seront sélectionnés. Pour déterminer ce nombre, l'entité adjudicatrice tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable;

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection en appliquant le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection;

d) L'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu la meilleure note; elle n'en retient pas plus que le nombre maximum indiqué dans le dossier de présélection, et pas moins de trois si possible;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui en font la demande les raisons de leur non-présélection. Elle communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

4. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

¹² Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets devrait plutôt figurer dans le Guide.

¹³ Id. Le Groupe de travail estimera peut-être en outre qu'il peut être important d'indiquer la ou les langues, même en cas de passation d'un marché national, s'il s'agit d'un pays multilingue.

a) Lorsque l'invitation à participer à la procédure de passation de marché a été envoyée, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément aux procédures et conditions spécifiées dans le dossier de présélection;

c) En cas de sollicitation directe, aux fournisseurs ou entrepreneurs qu'elle a sélectionnés.

5. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à e) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

b) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties¹⁴;

c) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées¹⁵;

d) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée¹⁶, [sauf si, en cas de passation d'un marché national, l'entité adjudicatrice décide que cette information n'est pas nécessaire]¹⁷;

e) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes¹⁸;

f) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions¹⁹;

g) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition de la passation de marché qui ne fera pas l'objet du dialogue pendant la procédure;

h) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de fixer le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre

¹⁴ Fondé sur l'alinéa r) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁵ Fondé sur l'alinéa i) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁶ Fondé sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁷ Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le contenu du libellé entre crochets devrait plutôt figurer dans le Guide.

¹⁸ Fondé sur l'alinéa k) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

¹⁹ Fondé sur l'alinéa q) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, si possible, et, le cas échéant, le nombre maximum;

i) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions conformément à l'article [11]²⁰;

j) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit²¹ où ces lois et règlements peuvent être consultés²²;

k) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire²³;

l) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application²⁴;

m) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation²⁵;

n) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché²⁶, [y compris tout calendrier applicable en ce qui concerne le processus de passation du marché.]

²⁰ Fondé sur l'alinéa m) de l'article 38 de la Loi type de 1994. Le Guide pour l'incorporation traiterait de la question des sous-critères et fournirait les orientations nécessaires pour faire en sorte de donner une description fidèle des critères d'évaluation. Le degré de souplesse devrait peut-être varier à cet égard selon les types de passation.

²¹ La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat à la suggestion des experts. Le commentaire du Guide expliquera qu'il ne s'agit pas du lieu physique, mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc. où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

²² Fondé sur l'alinéa s) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa t) de l'article 33 du projet actuel).

²³ Fondé sur l'alinéa p) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁴ Fondé sur l'alinéa t) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et intégrant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions correspondantes de l'article relatif à l'appel d'offres ouvert (alinéa w) de l'article 33 du projet actuel).

²⁵ Fondé sur l'alinéa u) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

²⁶ Fondé sur l'alinéa v) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

6. L'entité adjudicatrice examine toutes les propositions reçues sur la base des exigences minimales établies et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme. L'avis de rejet et les raisons du rejet sont promptement communiqués à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.
7. L'entité adjudicatrice invite à participer au dialogue chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence véritable, et soit au moins de trois, si possible.
8. Le dialogue est mené par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de façon concomitante.
9. [Pendant le déroulement du dialogue²⁷, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification ou d'évaluation, ni aucun élément de la passation de marché qui ne fait pas l'objet du dialogue, tels que notifiés dans la demande de propositions]²⁸.
10. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information générés durant le dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également, en même temps, à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité figurant à l'article [22] de la présente Loi²⁹.
11. À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.
12. L'offre à retenir est celle qui, d'après les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

²⁷ A/CN.9/687, par. 198.

²⁸ Ibid., par. 207. Aucun consensus n'a pu être trouvé concernant ce libellé proposé à la dix-septième session du Groupe de travail. Ce dernier voudra peut-être déterminer si le nouveau libellé de ce paragraphe correspond à la définition de la "modification substantielle" à l'article 2 et si, dans ce cas, il serait possible de raccourcir sensiblement ce paragraphe en prévoyant qu'il est interdit de procéder à des modifications substantielles pendant le déroulement du dialogue.

²⁹ Le commentaire du Guide renverra à l'article 22 qui porte sur le consentement à la divulgation d'informations confidentielles parmi les fournisseurs.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives³⁰

1. Les dispositions de l'article [43-1 à 6 et 9]³¹ de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à une passation de marché reposant sur une demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.
2. L'entité adjudicatrice note chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions et:
 - a) Elle invite le fournisseur ou l'entrepreneur ayant obtenu la meilleure note en application de ces critères et de cette procédure à des négociations [sur le prix de sa proposition]³²; et
 - b) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché.
3. S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 a) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, l'entité adjudicatrice informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations.
4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou cet entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.
- [5. L'entité adjudicatrice ne peut pas rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle les avait terminées]³³.

³⁰ Fondé sur l'article 44 de la Loi type de 1994 et sur la méthode présentée au projet d'article 43 ci-dessus. Le Groupe de travail doit encore examiner si cette méthode de passation doit être limitée aux services consultatifs (voir la note relative à l'article 27 du présent projet). Si l'on décide de conserver cette méthode pour tous les types de marchés, le commentaire du Guide pourra expliquer que ce sont les différences de procédure et de fond entre les méthodes visées aux articles 43 et 44 qui devraient aider l'entité adjudicatrice à choisir une méthode de préférence à l'autre. Le commentaire pourra apporter des précisions sur ces différences (A/CN.9/687, par. 197).

³¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les dispositions relatives aux procédures de présélection de l'article 43 doivent être applicables à cette méthode de passation.

³² La Loi type de 1994 autorise uniquement les négociations consécutives sur le prix (alinéa b) de l'article 44). Les experts consultés par le Secrétariat se sont demandé s'il était souhaitable d'imposer une telle restriction. Le Groupe de travail voudra peut-être par conséquent examiner si des négociations portant sur des critères autres que le prix devraient aussi être autorisées pour cette méthode de passation.

³³ Le texte de 1994 ne contenait pas d'interdiction aussi claire. Le commentaire du Guide relatif aux dispositions pertinentes de la Loi type évoquait les avantages et les inconvénients d'une interdiction aussi claire pour cette méthode de passation. Le Secrétariat a ajouté les dispositions

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence³⁴

1. Dans les négociations avec appel à la concurrence, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable. Les dispositions de l'article 29 *quater* s'appliquent aux procédures précédant les négociations.
2. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice.
3. Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions.
4. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

L'entité adjudicatrice peut solliciter une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique conformément à l'article 29 *quater*.

entre crochets pour tenir compte des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session. Les préoccupations exprimées à cette occasion portaient du principe que la Loi type interdisait effectivement la réouverture des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels l'entité adjudicatrice les avait terminées. En réponse à ces préoccupations, on a souligné l'impact positif d'une telle interdiction qui imposerait une certaine discipline aux deux parties aux négociations (A/CN.9/687, par. 209 et 210).

³⁴ Cet article est fondé sur l'article 49 de la Loi type de 1994, auquel il est proposé d'ajouter une obligation de publicité, suite aux consultations menées par le Secrétariat avec les experts (voir la nouvelle section II du chapitre II du présent projet). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner quand le recours aux négociations avec appel à la concurrence est approprié compte tenu des conditions d'utilisation prévues à l'article 27 *bis* du chapitre II.

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.6 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient des propositions concernant le chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 51.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES¹**Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à des enchères électroniques inversées comme méthode autonome de passation de marchés**

1. Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme méthode autonome de passation, l'entité adjudicatrice sollicite des enchères en envoyant une invitation à participer à la procédure de passation conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*].
2. L'invitation à participer à la procédure de passation doit comporter les renseignements suivants:
 - a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;
 - b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;
 - c) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;
 - d) Une déclaration faite conformément à l'article [8];
 - e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9];

¹ L'ensemble de ce chapitre a été révisé à la lumière des changements qu'il a jusqu'à présent été convenu d'apporter à la Loi type.

- f) Les renseignements requis à l'article [11-5], la formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère et l'indication de tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de l'enchère;
- g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à soumettre des enchères ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des enchères peuvent être soumises;
- h) La manière dont le prix des enchères doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;
- i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des enchères doit être formulé et exprimé [sauf si, en cas de passation de marché national, l'entité adjudicatrice décide qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la monnaie]²;
- j) Une mention indiquant si l'invitation à participer à la procédure de passation sert d'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère, ou si une autre invitation sera émise à cette fin;
- k) Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin que celle-ci puisse se tenir, nombre qui doit être suffisant pour assurer une concurrence effective³;
- l) Le cas échéant, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à s'inscrire pour participer à l'enchère, ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour déterminer ce nombre;
- m) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà déterminés, les délais d'inscription pour participer à l'enchère;
- n) Une invitation à présenter des enchères initiales, lorsque la procédure d'enchère doit être précédée d'un examen ou d'une évaluation des enchères initiales conformément au paragraphe 5 du présent article, de même que les renseignements suivants:
- [i) Des instructions pour préparer les enchères initiales, y compris en ce qui concerne la langue ou les langues dans lesquelles, conformément à l'article [13], les enchères initiales doivent être établies [sauf si, en cas de passation de marché national, l'entité adjudicatrice décide que ce renseignement n'est pas nécessaire]⁴;
- ii) Des informations relatives aux critères et à la procédure d'examen et, le cas échéant, d'évaluation des enchères initiales;

² Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que la teneur du libellé placé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide.

³ Comme le Groupe de travail l'a proposé, le commentaire devant figurer dans le Guide abordera la question de l'équité dans le traitement.

⁴ Les mots entre crochets correspondent au renvoi pertinent figurant à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que la teneur du libellé placé entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide. Il estimera peut-être aussi que, dans certains pays multilingues, il pourrait être important d'indiquer la langue ou les langues même en cas de passation de marché national.

- iii) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des enchères initiales]⁵;
- o) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion⁶;
- p) Les critères de clôture de l'enchère et, si ces renseignements sont déjà déterminés, la date et l'heure d'ouverture de l'enchère;
- q) Le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles);
- r) D'autres règles de conduite de l'enchère électronique inversée, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle celle-ci se déroulera et les conditions dans lesquelles les enchérisseurs pourront enchérir;
- s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, ainsi que l'indication de l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;
- t) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;
- u) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché;
- v) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de ladite Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;
- w) Les formalités qui devront être accomplies, une fois que l'enchère à retenir aura été acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

⁵ Le Groupe de travail estimera peut-être que les renseignements placés entre crochets dans les alinéas i) à iii) auraient davantage leur place dans le commentaire devant figurer dans le Guide que dans la Loi type, car ils peuvent paraître inutilement détaillés.

⁶ Le Groupe de travail estimera peut-être que ce paragraphe pourrait être abrégé en renvoyant d'une manière générale aux informations concernant les aspects techniques de l'enchère. Les détails relatifs aux aspects techniques pourraient être précisés dans le commentaire devant figurer dans le Guide.

x) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des enchères et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

3. L'invitation à participer à la procédure de passation du marché sert d'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère et précise qu'il en est ainsi, à moins que:

a) Un nombre maximum d'enchérisseurs n'ait été imposé; ou

b) La procédure d'enchère ne soit précédée d'un examen ou d'une évaluation⁷ des enchères initiales.

4. a) L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à s'inscrire à l'enchère pour des raisons d'ordre technique ou liées à des limites de capacité.

b) [L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum.]⁸

c) Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant à l'invitation à participer à la procédure de passation dépasse le nombre maximum, l'entité adjudicatrice envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère conformément à l'article [49] de la présente Loi, à concurrence du maximum fixé conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'invitation à participer à la procédure de passation.

5. a) La procédure d'enchère doit toujours être précédée d'un examen [et] [ou]⁹ d'une évaluation¹⁰ des enchères initiales lorsque le marché doit être attribué à [l'enchère la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure enchère selon l'évaluation] [l'enchère la plus avantageuse]¹¹.

⁷ De l'avis du Secrétariat, le terme "évaluation" englobe nécessairement le terme "examen".

⁸ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé que cette disposition et des dispositions analogues figurant dans l'ensemble de la Loi type soient supprimées et énoncées uniquement dans l'article concernant le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marchés. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

⁹ Le Groupe de travail estimera peut-être que dans certaines procédures d'enchère simples, où le marché est attribué à l'enchère la plus avantageuse, il n'est peut-être pas nécessaire de procéder à une évaluation. La vérification de la conformité des enchères initiales, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une notation ou à un classement, serait suffisante.

¹⁰ Si le Groupe de travail décide de laisser le choix entre l'examen et l'évaluation, il faudra expliquer dans le commentaire devant figurer dans le Guide que ce choix n'est pas discrétionnaire mais qu'il est dicté par les circonstances du marché considéré.

¹¹ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré de remplacer les mots "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure offre selon l'évaluation" puisque, dans la pratique, l'offre qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question à un stade ultérieur (A/CN.9/668, par. 220 et 222). Le comité de rédaction informel, composé, en juillet 2009, de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, s'est prononcé en faveur de l'utilisation du terme "meilleure" au lieu de "la plus basse" sous réserve que le Guide pour l'incorporation explique précisément la signification du terme

b) Lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas, la procédure d'enchère peut être précédée de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales si l'entité adjudicatrice en décide ainsi à la lumière des circonstances du marché donné.

c) Lorsque la procédure d'enchère a été précédée de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales, l'entité adjudicatrice veille à l'issue de l'examen ou de l'évaluation:

i) À expédier promptement l'avis de rejet et les raisons du rejet¹² à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'enchère initiale a été rejetée;

ii) À envoyer promptement une invitation à s'inscrire pour participer à la procédure d'enchère, conformément à l'article [49] de la présente Loi, à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'enchère initiale est conforme. Lorsqu'une évaluation des enchères initiales a eu lieu, chaque invitation à s'inscrire pour participer à la procédure d'enchère est accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel l'invitation est adressée¹³.

6. L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à s'inscrire pour participer à l'enchère conformément aux paragraphes 4 et 5 du présent article soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article 48. Exigences particulières régissant la sollicitation de participation à une procédure de passation comportant une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution d'un marché

1. Lorsqu'une enchère électronique inversée doit être utilisée comme étape précédant l'attribution d'un marché dans [d'autres procédures, selon le cas] [un appel d'offres restreint, un appel d'offres en deux étapes, ...] ou une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, les avise qu'une enchère électronique inversée se tiendra et leur communique, au minimum, les éléments d'information suivants sur la procédure d'enchère:

a) La formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère et tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de celle-ci;

"meilleure" dans le contexte spécifique des enchères inversées. Le Groupe de travail se rappellera peut-être à cet égard qu'à sa dix-septième session, il est convenu dans le contexte de l'appel d'offres de remplacer les mots "offre la plus basse selon l'évaluation" par les mots "offre la plus avantageuse". Il voudra peut-être utiliser le terme "enchère la plus avantageuse" dans le contexte des enchères électroniques inversées.

¹² A/CN.9/687, par. 178.

¹³ Le Guide indiquera l'étendue des informations à communiquer sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation.

b) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, ainsi que le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion.

2. Avant que l'enchère n'ait lieu, l'entité adjudicatrice envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition une invitation à s'inscrire à l'enchère conformément à l'article [49] de la présente Loi.

Article 49. Inscription pour participer à l'enchère et délai pour tenir l'enchère

1. Outre toutes les autres informations exigées en vertu des dispositions de la présente Loi, l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère contient les renseignements suivants¹⁴:

a) Les modalités et les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités pour participer à l'enchère;

b) La date et l'heure d'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

d) La manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

e) Le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles); et

f) D'autres règles de conduite de l'enchère électronique inversée, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

2. L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

3. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère électronique inversée. Cet abandon est communiqué rapidement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

4. Le délai entre l'envoi de l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère et le début de celle-ci est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

¹⁴ Le commentaire devant figurer dans le Guide renverra aux dispositions de l'article 47-5 qui dispose que, le cas échéant, le résultat de l'évaluation des enchères initiales doit être communiqué dans l'invitation à s'inscrire pour participer à l'enchère.

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

1. Les enchères électroniques inversées portent:
 - a) Sur le prix, lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas; ou
 - b) Sur le prix et les autres critères spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [11] et [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à [l'enchère la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure enchère selon l'évaluation] [l'enchère la plus avantageuse].
2. Au cours d'une enchère électronique inversée:
 - a) Tous les enchérisseurs ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs enchères;
 - b) Toutes les enchères font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères et aux autres renseignements pertinents spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas;
 - c) Chaque enchérisseur doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de son enchère par rapport aux autres¹⁵;
 - d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.
3. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.
4. L'enchère est close suivant les critères spécifiés aux enchérisseurs en vertu des articles [47 à 49] de la présente Loi, selon le cas.
5. L'entité adjudicatrice suspend l'enchère électronique inversée ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

Article 51. Exigences après la phase d'enchère

1. L'enchère qui, à la clôture de la procédure d'enchère, est la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], selon le cas, est l'enchère à retenir.
2. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16], l'entité adjudicatrice peut exiger de l'enchérisseur ayant présenté l'enchère dont il a été déterminé, à la clôture de la procédure d'enchère, qu'elle est

¹⁵ Le commentaire devant figurer dans le Guide appellera l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres enchères sont fournies, et donnera des exemples de bonnes pratiques pour les limiter.

l'enchère à retenir, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9]. S'il ne le fait pas, l'entité adjudicatrice disqualifie ce fournisseur ou cet entrepreneur et, sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], sous réserve que l'enchérisseur qui l'a présentée puisse justifier de ses qualifications s'il est tenu de le faire.

3. Lorsqu'elle n'a pas examiné les enchères initiales avant la procédure d'enchère, l'entité adjudicatrice évalue après celle-ci la conformité de l'enchère dont il a été déterminé, à la clôture de la procédure d'enchère, qu'elle est l'enchère à retenir. Elle rejette l'enchère si elle la juge non conforme et, sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1], [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse], sous réserve qu'elle soit jugée conforme.

4. Lorsque l'enchère, dont il a été déterminé à la clôture de la procédure d'enchère qu'elle est l'enchère à retenir, paraît anormalement basse à l'entité adjudicatrice et suscite des craintes quant à l'aptitude de l'enchérisseur qui l'a présentée à exécuter le marché, l'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article [18]. Si elle rejette l'enchère au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article [18], elle [retient] [peut retenir] l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou [la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure selon l'évaluation] [la plus avantageuse]. Cette disposition est sans préjudice du droit qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation en application de l'article [17-1].

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.7 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres), qui comprend les articles 53 à 57, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES¹**Article 52. Attribution d'un accord-cadre fermé**

1. L'entité adjudicatrice attribue un accord-cadre fermé:

a) En recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions; ou

b) En recourant à d'autres méthodes de passation conformément aux dispositions pertinentes des chapitres II, IV et V, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions²;

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur, en recourant à la procédure de sollicitation d'une source unique selon les conditions prévues à l'article [29]³.

2. Les dispositions de la présente Loi qui régissent le contenu de la sollicitation dans les méthodes de passation mentionnées au paragraphe 1 a) et b) du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* aux informations devant être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs lorsque leur participation à une procédure d'accord-cadre fermé est sollicitée pour la première fois. L'entité adjudicatrice précise également à ce stade:

¹ Le chapitre a été entièrement révisé compte tenu des changements qu'il a été convenu d'apporter à ce jour à la Loi type, notamment pour ce qui est de l'emplacement des définitions et des conditions d'utilisation.

² Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait exclure l'utilisation de telle ou telle méthode de passation.

³ Le Guide renverra à la définition du terme "accord-cadre fermé" figurant dans l'article 2, laquelle précise que, dans ce type d'accord, aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut le devenir par la suite.

- a) Que la passation de marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre fermé;
 - b) Si l'accord-cadre sera conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou avec plusieurs;
 - c) Dans le cas d'un accord-cadre qui sera conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui y seront parties;
 - d) Les autres conditions de l'accord-cadre, y compris la forme et les conditions de l'accord conformément à l'article [53].
2. Les dispositions de l'article 20 s'appliquent *mutatis mutandis* à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

Article 53. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

1. Un accord-cadre fermé peut être conclu entre [une ou plusieurs]⁴ entités adjudicatrices et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés suivant les critères et procédures qui sont spécifiés lorsque leur participation à la procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois.
2. Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et comporte les mentions suivantes:
 - a) La durée de l'accord, qui ne doit pas dépasser [l'État adoptant spécifie un maximum] ans⁵;
 - b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché établies au moment de la conclusion de l'accord;
 - c) Dans la mesure où elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord;
 - d) Une clause indiquant si, dans un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, celui-ci comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord, auquel cas l'accord stipule:
 - i) Les conditions qui doivent être établies ou précisées lors de cette mise en concurrence;
 - ii) Les modalités et la fréquence [prévue] [possible]⁶ de toute mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape⁷;

⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cet ajout est nécessaire ou si la question pourrait être abordée uniquement dans le commentaire du Guide qui accompagnerait la définition du terme "entité adjudicatrice" proposée dans le présent projet.

⁵ Le Guide soulignera le danger des accords-cadres fermés de longue durée compte tenu du fait qu'ils risquent de porter atteinte à la concurrence (A/CN.9/668, par. 244).

⁶ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de modifier les mots "la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée" pour parler de la "fréquence possible" de la mise en concurrence (A/CN.9/668, par. 240).

- iii) Si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à [la soumission la plus basse selon l'évaluation] [la meilleure soumission selon l'évaluation] [la soumission la plus avantageuse];
- iv) Les procédures et critères qui seront appliqués durant la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles [10 et 11] de la présente Loi. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle les coefficients de pondération des critères d'évaluation pourront varier pendant cette mise en concurrence⁸.
3. Un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, à moins que:
- a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord⁹; et
- b) L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal requis à l'article [23] les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés]; et
- c) Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée soient minimales et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.
4. Si l'entité adjudicatrice souhaite gérer un accord-cadre fermé sous forme électronique, cet accord contient, outre les renseignements spécifiés dans les autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, y compris des informations sur les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de l'accord, sur le dispositif [électronique] utilisé et sur les spécifications techniques de connexion.

Article 54. Établissement d'un accord-cadre ouvert

1. L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert sous forme électronique¹⁰.

⁷ À la quinzième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé que des informations sur les délais indicatifs de présentation des soumissions lors de la deuxième étape devraient être communiquées à l'avance aux fournisseurs ou entrepreneurs. Ces informations ont été jugées importantes pour permettre à ceux-ci de décider s'ils souhaitent devenir parties à l'accord-cadre. Il a été proposé d'expliquer dans le Guide que les informations fournies revêtent un caractère indicatif et ne lient pas l'entité adjudicatrice (A/CN.9/668, par. 248).

⁸ Le Guide renverra aux dispositions de l'article 55 qui interdisent toute modification substantielle de la passation pendant le fonctionnement de l'accord-cadre.

⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition devrait être conservée ici ou, comme cela a été proposé à sa dix-septième session, si elle ne devrait figurer que dans l'article sur le dossier et le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

¹⁰ A/CN.9/664, par. 91.

2. L'entité adjudicatrice sollicite la participation à l'accord-cadre ouvert en émettant une invitation à devenir partie à l'accord conformément à l'article 29 *quater* de la présente Loi.
3. L'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert contient les informations suivantes:
 - a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice [qui établit et gère l'accord-cadre ouvert et le nom et l'adresse de toutes autres entités adjudicatrices qui auront le droit d'attribuer des marchés sur le fondement de l'accord-cadre]¹¹;
 - b) Une mention indiquant que la passation de marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre ouvert;
 - c) Une mention indiquant qu'un accord-cadre ouvert sera conclu;
 - d) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur le fonctionnement de l'accord, y compris sur les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de l'accord, sur le dispositif électronique utilisé et sur les spécifications techniques de connexion;
 - e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:
 - i) Une déclaration conformément à l'article [8];
 - ii) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ouvert conformément au paragraphe 7 du présent article, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être parties à l'accord;
 - iii) Des instructions pour l'établissement et la présentation des soumissions indicatives nécessaires pour devenir partie à l'accord-cadre ouvert, y compris la (les) monnaie(s) et la (les) langue(s) à utiliser [sauf si l'entité adjudicatrice décide que ces informations ne sont pas nécessaires en cas de passation de marché national]¹², ainsi que les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et toute pièce ou autre information que les fournisseurs ou entrepreneurs devront présenter pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9];
 - iv) Une mention indiquant expressément que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée de celui-ci en présentant des soumissions

¹¹ Libellé proposé par le comité de rédaction informel en juillet 2009. On a expliqué que ce libellé vise à permettre l'utilisation de l'accord-cadre par d'autres entités, et non pas seulement par l'entité adjudicatrice qui l'a conclu. Cette approche, qui consiste à faciliter la centralisation de la passation des marchés en recourant à des accords-cadres, permet plus aisément de regrouper les besoins des acheteurs publics et d'accroître ainsi leur pouvoir de négociation avec les fournisseurs. Le Groupe de travail voudra peut-être néanmoins examiner si ce type de disposition serait incompatible avec la notion d'entité adjudicatrice telle que définie dans la Loi type.

¹² Correspond à l'article 23 de la Loi type de 1994. Le Groupe de travail estimera peut-être que le texte entre crochets aurait davantage sa place dans le Guide. Il jugera peut-être aussi qu'il importe d'indiquer la ou les langues même en cas de passation de marché national, dans certains pays multilingues.

indicatives, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs et de toute déclaration faite conformément à l'article [8];

f) Les autres conditions de l'accord-cadre ouvert, y compris toutes les informations devant figurer dans l'accord conformément à l'article [55];

g) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où se trouvent ces lois et règlements;

h) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire.

4. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée de celui-ci en présentant des soumissions indicatives à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

5. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions indicatives reçues pendant la durée de l'accord-cadre dans un délai maximal de [...] jours conformément aux procédures prévues dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

6. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des soumissions sauf si leurs soumissions ont été rejetées pour les motifs spécifiés dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

7. L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de parties à l'accord-cadre ouvert pour des motifs techniques ou en raison de limites de capacité. Elle mentionne ce nombre maximum dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre. [Elle indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum.]¹³

8. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils sont devenus parties à l'accord-cadre et, dans le cas où ils ne sont pas devenus parties, pour quels motifs leurs soumissions indicatives ont été rejetées.

Article 55. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. Un accord-cadre ouvert prévoit, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord et contient les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord-cadre;

¹³ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition devrait être conservée ici ou, comme cela a été proposé à sa dix-septième session, si elle ne devrait figurer que dans l'article sur le dossier et le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

- b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;
- c) Les conditions qui peuvent être précisées dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape;
- d) Les modalités et la fréquence [prévue] [possible]¹⁴ de la mise en concurrence de la deuxième étape;
- e) Une clause indiquant si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord-cadre se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse;
- f) Les procédures et critères qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération des critères d'évaluation et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles [10 et 11] de la présente Loi. L'accord-cadre peut spécifier une fourchette dans laquelle ces coefficients pourront varier pendant cette mise en concurrence¹⁵.

2 Pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice republie au moins annuellement l'invitation à devenir partie à l'accord et garantit en outre l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son fonctionnement¹⁶.

Article 56. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. L'attribution d'un marché sur le fondement d'un accord-cadre se fait conformément aux conditions de l'accord et aux dispositions du présent article.
2. Un marché ne peut être attribué sur le fondement d'un accord-cadre qu'à un fournisseur ou entrepreneur qui y est partie.
3. Les dispositions de l'article 20 de la présente Loi, à l'exception de son paragraphe 2¹⁷, s'appliquent à l'acceptation de la soumission à retenir dans les accords-cadres qui ne comportent pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape.
4. Dans un accord-cadre fermé comportant une mise en concurrence lors de la deuxième étape et dans un accord-cadre ouvert, les procédures suivantes s'appliquent à l'attribution d'un marché:

¹⁴ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de modifier les mots "la fréquence avec laquelle celle-ci est envisagée" pour parler de la "fréquence possible" de la mise en concurrence (A/CN.9/668, par. 240).

¹⁵ Le Guide renverra à la disposition de l'article 55 qui interdit toute modification substantielle de la passation pendant le fonctionnement de l'accord-cadre.

¹⁶ Le Guide expliquera que les informations doivent être republiées et tenues à jour là où l'invitation initiale a été publiée ou à l'endroit (site Web ou autre adresse électronique) indiqué dans l'invitation (article 53-3 d)).

¹⁷ Le Guide expliquera pourquoi les dispositions sur le délai d'attente de l'article 20 ne s'appliquent pas aux accords-cadres qui ne comportent pas de mise en concurrence durant la deuxième étape.

a) L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché]¹⁸ adresse une invitation écrite à présenter des soumissions individuellement et simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre, ou aux seuls qui sont alors capables de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché;

b) L'invitation à présenter des soumissions contient les informations suivantes:

i) Un rappel des conditions existantes de l'accord-cadre qui figureront dans le marché prévu, les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;

ii) Un rappel des procédures et des critères d'attribution du marché prévu (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués);

iii) des instructions pour l'établissement des soumissions;

iv) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions¹⁹;

v) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des soumissions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des soumissions peuvent être présentées;

vi) La manière dont le prix des soumissions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

vii) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où se trouvent ces lois et règlements;

viii) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la mise en concurrence de la deuxième étape, sans l'intervention d'un intermédiaire;

ix) Tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché;

x) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente

¹⁸ Modification proposée en juillet 2009 par le comité de rédaction informel, à examiner avec les modifications qu'il a proposées aux articles 53-3 a) et 54-1 a) plus haut, en vue de permettre à une entité adjudicatrice centrale ou à plusieurs entités adjudicatrices de devenir parties à l'accord-cadre et de conclure des marchés au titre de cet accord.

¹⁹ Modification proposée par le comité de rédaction informel en juillet 2009.

applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

xi) Les formalités qui devront être accomplies, une fois qu'une soumission à retenir a été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

xii) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des soumissions et d'autres aspects de la mise en concurrence de la deuxième étape;

c) L'entité adjudicatrice [qui attribue le marché] évalue toutes les soumissions reçues et détermine la soumission à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à présenter des soumissions;

d) L'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir conformément à l'article 20.

Article 57. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'un accord-cadre²⁰

Aucune modification substantielle de la passation de marché n'est permise pendant la durée d'un accord-cadre.

[Les articles 58 à 60 ne sont pas utilisés.]

²⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de déplacer vers l'article 2 la définition du terme "modification substantielle", que la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4) proposait d'insérer au présent article (A/CN.9/668, par. 235 à 237 et 273 f). Le Groupe de travail a reporté l'examen du projet d'article révisé (A/CN.9/668, par. 235 à 237).

A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.8 (Original: anglais)**Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session**

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VIII (Recours), qui comprend les articles 61 à 66, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VIII. RECOURS**Article 61. Droit de recours**

Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi, ou déclare pouvoir subir, une perte ou un dommage en raison du non-respect allégué des dispositions de la présente Loi peut, conformément aux articles [62 à 66] de la présente Loi ou d'autres dispositions de la loi applicable du présent État, introduire un recours contre ce non-respect, ainsi que contre les actes ou décisions non conformes allégués pris après une procédure de recours.

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle¹

1. Sans préjudice de son droit d'introduire un recours directement devant une instance administrative indépendante conformément à l'article [63] de la présente Loi ou un recours judiciaire, le fournisseur ou l'entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article [61] peut présenter une réclamation à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle².

2. Les réclamations sont présentées par écrit dans les délais suivants:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

¹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé l'article tel qu'il a été révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 259 et 260). En particulier, il a été convenu que les dispositions ne fixeraient pas de délai consistant en un nombre déterminé de jours, mais laisseraient cette information entre crochets pour que l'État adoptant la complète lui-même. Il a aussi été convenu que le Guide appellerait à cet égard l'attention des États adoptants sur le délai prévu dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.

² Le paragraphe a été reformulé suite à la suggestion faite à la quinzième session du Groupe de travail de clarifier les dispositions de l'article proposé pour bien montrer que le recours prévu à l'article 62 est facultatif (A/CN.9/668, par. 259).

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée dans un délai de [...] jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition qu'aucune réclamation ne puisse être soumise après l'entrée en vigueur du marché.

3. À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, le cas échéant, rend une décision écrite dans les [...] jours qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

4. Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 3 du présent article, le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation ou l'entité adjudicatrice, selon le cas, pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [63 ou 66]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle n'a plus compétence pour connaître de la réclamation³.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante*.⁴

1. Sans préjudice de son droit d'introduire un recours judiciaire, le fournisseur ou l'entrepreneur qui est fondé à introduire un recours en application de l'article [61] peut présenter une réclamation à [insérer le nom de l'instance administrative].

2. Les réclamations sont présentées par écrit dans les délais suivants:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions, à moins que ce délai n'ait expiré pendant l'examen de la réclamation visé à l'article [62] de la présente Loi; auquel cas les dispositions des paragraphes 2 b) et 3 du présent article s'appliquent;

³ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide fera une distinction claire entre les procédures de recours et les procédures de retour d'information.

* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 66) à condition que l'État adoptant possède un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

⁴ Le Guide précisera le sens du terme "instance administrative indépendante", en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risque de nuire à la procédure de passation, car les décisions pourraient être contestées en justice, ce qui retarderait encore les choses (A/CN.9/668, par. 262 g)).

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée dans un délai de [...] jours à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances.

3. La présentation [en temps voulu] d'une réclamation conformément à l'article [62] entraîne la suspension du délai de présentation d'une réclamation en vertu du présent article pendant toute la durée de la procédure prévue à l'article [62], suspension qui ne dépassera pas le délai maximum imposé à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, pour rendre une décision conformément à l'article [62-3] et communiquer cette décision au fournisseur ou à l'entrepreneur conformément à l'article [64-5]⁵.

4. Dès réception d'une réclamation, le [insérer le nom de l'instance administrative] en avise promptement l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.

5. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut, sauf s'il déboute le requérant, accorder une ou plusieurs des réparations suivantes:

- a) Énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce⁶;
- b) Interdire à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;
- c) Exiger de l'entité adjudicatrice, ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle qui a agi ou procédé illégalement ou qui a adopté une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;
- d) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle;
- e) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle, ou lui substituer sa propre décision⁷;

⁵ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide pour l'incorporation expliquera que cette suspension du délai n'a rien à voir avec la suspension de la procédure de passation prévue à l'article 65. Le paragraphe 2 du présent article a donc été reformulé pour prendre en compte les réclamations concernant les conditions de la sollicitation qui sont présentées à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle avant la date limite de présentation des soumissions mais pour lesquelles le délai de présentation à l'instance administrative indépendante a expiré pendant leur examen par l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle conformément à l'article 62. Dans la version précédente des dispositions, les fournisseurs ou entrepreneurs concernés n'avaient pas la possibilité de contester auprès de l'instance administrative indépendante la décision, ou l'absence de décision, de l'entité adjudicatrice concernant la réclamation, à moins que la date limite de présentation des soumissions n'ait été reportée par l'entité adjudicatrice ou que la procédure de passation du marché n'ait été suspendue en application de l'article 65.

⁶ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été proposé d'insérer l'alinéa a) du paragraphe 5 dans le chapeau même du paragraphe. En réponse, le Secrétariat a été prié de retracer l'historique des dispositions. Le Groupe de travail a décidé de n'étudier la proposition qu'après avoir examiné les conclusions du Secrétariat (A/CN.9/668, par. 264). Les résultats de la recherche demandée sont exposés à la section D de la note A/CN.9/WG.I/WP.68 établie par le Secrétariat.

f) [Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée, dans le cadre de la procédure de passation du marché, par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle et pour toute perte ou dommage subi, qui [peut être] [est] limité aux coûts de la préparation de la soumission ou [aux coûts de la contestation] [aux coûts afférents à la contestation, ou à l'ensemble de ces coûts]⁸;] [Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée, dans le cadre de la procédure de passation du marché, par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, de l'autorité de tutelle⁹;]

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

h) Annuler le marché entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché a été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution.

6. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de [...] jours une décision écrite au sujet de la réclamation, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et, le cas échéant, les réparations accordées.

⁷ Le Groupe de travail souhaitera peut-être réviser la formulation du présent alinéa pour y parler de mesures correctives, qui est le terme employé dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP, 1994) et dans le texte provisoirement convenu de l'Accord révisé sur les marchés publics (projet révisé d'AMP).

⁸ À sa quinzième session, le Groupe de travail est convenu de ne conserver dans le paragraphe 5 f) que l'option I, dont le libellé devrait être aligné sur les dispositions correspondantes d'instruments internationaux, telles que l'article XX 7 c) de l'AMP et l'article XVIII 7 b) du projet révisé d'AMP. Il est également convenu de supprimer, du paragraphe 5 f), l'option II pour l'insérer dans le Guide et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel est extrêmement préjudiciable aux procédures de passation, car elle incite davantage à présenter des réclamations. Il a également été proposé que le Guide explique l'évolution de la réglementation sur la question et mette en avant les dispositions pertinentes des instruments de l'OMC. Pour les raisons exposées dans sa note A/CN.9/WG.I/WP.68, section C, le Secrétariat a éprouvé des difficultés à appliquer les instructions du Groupe de travail. Ce dernier souhaitera peut-être examiner le libellé proposé entre la première paire de crochets en même temps que les considérations soulevées dans la note en question. Dans cette première paire de crochets, les mots placés entre crochets tiennent compte des différences de formulation qui existent entre l'article XX 7 c) de l'AMP et l'article XVIII 7 b) du projet révisé d'AMP.

⁹ Le texte dans la deuxième paire de crochets a été proposé par le comité de rédaction informel en juillet 2009. Il se fonde sur l'option I de la Loi type de 1994. Le texte proposé était accompagné d'une note explicative indiquant que le Groupe de travail, à sa session de février 2009, avait décidé "de supprimer du paragraphe 5 f) l'option II de la Loi type de 1994 pour l'insérer dans le Guide et d'expliquer les motifs de cette suppression, notamment en précisant qu'une disposition prévoyant la réparation de tout préjudice éventuel était extrêmement préjudiciable aux procédures de passation, car elle incitait davantage à présenter des réclamations" (A/CN.9/668, par. 262 f)). En insérant l'option II dans le Guide, il reviendrait à l'État adoptant de prévoir, s'il le souhaite, un dédommagement plus important.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles [62 et 63]¹⁰

1. Dès la présentation d'une réclamation en application de l'article [62 ou 63], l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation du marché¹¹ sur laquelle porte la réclamation, ainsi que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés, de la présentation de cette réclamation et de son contenu.
2. Ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité publique ont le droit de participer à la procédure de recours. Le fournisseur ou l'entrepreneur ou l'autorité publique qui n'y participe pas ne peut formuler par la suite de [réclamation] [demande] du même type.
3. Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation, le droit de se faire représenter et accompagner [et le droit de demander que la procédure soit publique]¹² et le droit de demander que des témoins puissent être entendus.
4. En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit à l'instance de recours, en temps voulu, tous les documents relatifs à la réclamation, y compris le procès-verbal de la procédure de passation de marché.
5. Une copie de la décision de l'instance de recours est remise, dans un délai de [...] jours après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, après que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont promptement mises à la disposition du public, pour examen.
6. Aucune information visée aux paragraphes 3 à 5 du présent article n'est divulguée si sa divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, nuit à la concurrence loyale ou compromet des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale¹³.

¹⁰ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article tel que révisé à cette session (A/CN.9/668, par. 267 et 268).

¹¹ À la quinzième session du Groupe de travail, il a été convenu de préciser dans le Guide que les mots "qui participent à la procédure de passation du marché" pourraient désigner un ensemble différent de participants en fonction du moment où se déroulait la procédure de recours et de l'objet de la réclamation, et de préciser, en outre, que ceux dont les soumissions avaient été rejetées pourraient ne pas être autorisés à participer à la procédure de recours si cette dernière portait sur les étapes de la procédure de passation postérieures au rejet et sans rapport avec ce dernier (A/CN.9/668, par. 267 c).

¹² Le comité de rédaction informel a proposé, en juillet 2009, de placer ces mots entre crochets pour un examen ultérieur afin, en particulier, de tenir compte des préoccupations exprimées à propos des motifs de défense et de sécurité nationales et d'autres motifs justifiant des exceptions à l'information du public.

¹³ Le présent paragraphe regroupe les dispositions répétitives qui figuraient aux paragraphes 3 à 5 de la précédente version de l'article. Le Secrétariat croit comprendre que ces dispositions devraient être maintenues dans l'article indépendamment de l'article 22-1 du présent projet (qui ne s'applique qu'à l'entité adjudicatrice) puisqu'elles visent à imposer des règles de

[7. Toute décision prise par l'instance de recours et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché¹⁴.]

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché¹⁵

1. La présentation [en temps voulu] d'une réclamation entraîne la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période que déterminera l'instance de recours¹⁶:

a) Sous réserve que la réclamation ne soit pas futile et comporte une déclaration dont le contenu, s'il est prouvé, montre que le fournisseur ou l'entrepreneur subira un dommage irréparable s'il n'y a pas suspension de la procédure, que la réclamation aboutira vraisemblablement et que l'octroi d'une suspension n'entraînera pas un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs;

b) À moins que l'entité adjudicatrice certifie qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de passation du marché pour des considérations urgentes d'intérêt général. Le certificat, qui doit énoncer les raisons ayant amené à conclure qu'il existe de telles considérations d'urgence et qui est versé au procès-verbal de la procédure de passation du marché, est irréfragable à tous les niveaux de recours, sauf au stade judiciaire¹⁷.

2. L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur qui présente la réclamation ou engage l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article [62 ou 63], selon le cas.

confidentialité à d'autres entités/personnes impliquées dans les procédures de recours. Le Groupe de travail considérera peut-être toutefois que d'autres branches de droit réglementent ces questions à l'égard d'entités ou de personnes autres que les entités adjudicatrices, et que le contenu de ces dispositions aurait par conséquent davantage sa place dans le texte du Guide.

¹⁴ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé que la présente disposition, de même que les dispositions semblables figurant à d'autres endroits de la Loi type, soient supprimées et qu'elles figurent uniquement à l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

¹⁵ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui se fonde sur l'article 56 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

¹⁶ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les mesures de protection qui devraient s'offrir au fournisseur ou à l'entrepreneur lésé au terme de la période de suspension pour pouvoir engager efficacement un recours ou un appel contre la décision de l'instance de recours devant une autre instance de recours ou devant le tribunal. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander qui détermine si la réclamation remplit les conditions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1, et sur quel fondement.

¹⁷ Comme l'ont proposé les experts lors des consultations tenues avec le Secrétariat, le Guide expliquera que la présente disposition est prévue parce que les considérations d'intérêt général déterminées par l'instance de recours ne peuvent lier un tribunal ou une autre instance judiciaire.

3. La décision de suspension ou de prorogation de la suspension, indiquant la durée de cette suspension ou prorogation, est promptement communiquée à tous les participants à la procédure de recours. Lorsqu'elle décide de ne pas suspendre la procédure de passation du marché pour les raisons indiquées au paragraphe 1 du présent article, l'instance de recours avise le fournisseur ou l'entrepreneur concerné de cette décision et de ses raisons.

4. [Toute décision prise conformément au présent article et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché¹⁸.]

Article 66. Recours judiciaire¹⁹

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article [61] et des recours judiciaires intentés contre les décisions rendues par les instances de recours – ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit en vertu de l'article [62 ou 63].

¹⁸ À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été proposé de supprimer la présente disposition, de même que les dispositions semblables figurant à d'autres endroits de la Loi type, et de les inclure uniquement à l'article sur le procès-verbal et les dossiers de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette proposition (A/CN.9/687, par. 91).

¹⁹ À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé sans modification le projet d'article, qui se fonde sur l'article 57 de la Loi type de 1994 (A/CN.9/668, par. 269).

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/692)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-4
II. Guichets uniques électroniques	5-11
III. Documents transférables électroniques	12-47
A. Introduction	12-25
B. Cadre juridique pour l'utilisation de connaissances électroniques en République de Corée	26-47
1. Champ d'application et dispositions générales	27-29
2. Émission d'un connaissance électronique	30-32
3. Transfert du connaissance électronique	33-34
4. Modification du connaissance électronique	35-36
5. Remplacement du connaissance électronique	37
6. Livraison des marchandises et annulation du connaissance électronique	38-41
7. Conservateur du registre	42
8. Questions de responsabilité	43-45
9. Conservation des documents	46-47
IV. Gestion de l'identité	48-66
V. Utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique	67-74

I. Introduction

1. À sa quarantième session, en 2007, la Commission a prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans le domaine du commerce électronique, en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile¹.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17

2. À sa quarante et unième session, en 2008, la Commission a prié le Secrétariat de s'employer activement, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), et avec la participation d'experts, à étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique, et de lui rendre compte des progrès accomplis à cet égard². La Commission a renouvelé cette demande à sa quarante-deuxième session, en 2009³.
3. Par ailleurs, à sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser des études sur les documents transférables électroniques également à partir des propositions écrites reçues à cette session (documents A/CN.9/681 et Add.1 et A/CN.9/682), et d'organiser, si ses ressources le lui permettent, des colloques sur les questions en vue de les réexaminer à une session ultérieure⁴.
4. Compte tenu de ce qui précède, la présente note fait le point de l'état d'avancement des travaux de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières, y compris des guichets uniques internationaux et présente des informations sur les documents transférables électroniques. Elle rend également compte des évolutions récentes dans le domaine du commerce électronique, l'accent étant mis en particulier sur les systèmes de gestion de l'identité et le commerce électronique effectué au moyen d'appareils mobiles, notamment les paiements (les non-paiements).

II. Guichets uniques électroniques

5. La deuxième réunion de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières, y compris des guichets uniques internationaux (l'Équipe juridique spéciale conjointe), s'est tenue du 8 au 11 février 2010 dans les locaux de l'OMD à Bruxelles. Conformément aux instructions reçues de son Comité technique permanent, le Secrétariat de l'OMD a fait participer les directeurs régionaux de l'OMD aux préparatifs de cette réunion.
6. À cette deuxième réunion, l'Équipe juridique spéciale conjointe a souligné l'intérêt que présentent les guichets uniques électroniques pour la facilitation du commerce. Elle a noté en particulier que ces mécanismes pourraient contribuer de manière significative à la mise en œuvre d'un commerce sans papier, ce qui aurait un impact direct sur les procédures de commerce électronique.
7. L'Équipe juridique spéciale conjointe est convenue que l'analyse des questions juridiques relatives à la création de guichets uniques pourrait tirer grandement parti des modèles de référence disponibles établis sur la base de documents tels que le projet de recommandation 35⁵ du CEFACT-ONU et le guide de l'Association de

(A/62/17), Part I, par. 195.

² Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 333 à 338.

³ Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 340.

⁴ Ibid., par. 343.

⁵ CEFACT-ONU, *Établissement d'un cadre juridique en vue de la mise en place d'un guichet*

coopération économique Asie-Pacifique (APEC) pour la création d'un guichet unique (Single Window Implementation Guide and Working Group Phase 2 Final Report)⁶, ainsi que des études de cas. Ces modèles de référence aideraient à comprendre le processus d'autorisation des opérations commerciales aux niveaux national et international et les modèles techniques de guichet unique, une attention particulière étant accordée aux parties et à leur lieu de situation.

8. À cette réunion, certaines questions juridiques ont été identifiées comme étant susceptibles de faire l'objet d'une étude plus approfondie dans un avenir proche: la validité juridique des communications électroniques, notamment au moyen d'appareils mobiles; l'identification, l'authentification et l'autorisation, en particulier dans le contexte de la gestion de l'identité; l'utilisation, la rétention et la confidentialité des données; la valeur probante des documents électroniques et d'autres questions d'exécution; et les implications juridiques des différentes options architecturales techniques.

9. Un des résultats de la réunion a été l'élaboration par l'Équipe juridique spéciale conjointe d'un plan de travail visant à recueillir les informations nécessaires auprès des experts des procédures douanières et à les compiler de manière à pouvoir les utiliser pour l'analyse juridique. Le calendrier du plan de travail a tenu compte des échanges qu'il serait souhaitable d'entretenir avec des réunions pertinentes de la CNUDCI, notamment les futures sessions possibles de son Groupe de travail IV.

10. Le Secrétariat a par ailleurs coopéré avec le secrétariat de la Communauté économique eurasienne à l'établissement d'un cadre législatif pour la création de guichets uniques dans les États membres de la Communauté et, à la demande du CEFAC-ONU, il a formulé des observations sur le projet de recommandation 35 du CEFAC-ONU.

11. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être envisager de demander au Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'examiner à ses sessions futures les travaux menés sur les guichets électroniques par l'Équipe juridique spéciale conjointe et par d'autres organisations, et d'échanger des vues et de formuler des recommandations sur les travaux juridiques possibles dans ce domaine.

III. Documents transférables électroniques

A. Introduction

12. C'est à la vingt-septième session de la Commission, en 1994⁷, qu'a été évoquée pour la première fois la possibilité pour la CNUDCI d'entreprendre des

unique pour le commerce international – Projet de recommandation n° 35, février 2009 (Projet soumis à l'examen public); disponible en anglais à l'adresse <http://www.unec.org/cefact/recommendations/rec35/Rec35-PublicReviewDraftv9-Feb09.doc>.

⁶ Document n° 209-CT-01.3 de l'APEC (juillet 2009), disponible en anglais à l'adresse http://publications.apec.org/publication-detail.php?pub_id=910.

⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 201.

travaux sur la négociabilité et la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement électronique. Cette question a été par la suite examinée à diverses sessions de la Commission et du Groupe de travail IV⁸. Dans ce cadre, deux documents l'ont traitée du point de vue de ses aspects de droit matériel.

13. Le document A/CN.9/WG.IV/WP.69 portait sur les connaissements et autres documents de transport maritime dans un environnement papier et dans un environnement électronique. En particulier, il donnait un aperçu des initiatives prises pour traiter des questions liées aux connaissements dans un environnement électronique et présentait des projets de dispositions législatives types qui ont finalement été adoptées en tant qu'articles 16 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁹.

14. Ce document contenait par ailleurs une analyse préliminaire des conditions d'établissement de l'équivalence fonctionnelle des connaissements électroniques et des connaissements papier. À cet égard, il a posé la question essentielle concernant la possibilité d'établir avec certitude l'identité du porteur du connaissance, qui aurait le droit de demander la livraison des marchandises. Cette question a mis en évidence la nécessité de garantir l'unicité du document électronique représentatif de la propriété des marchandises¹⁰.

15. Le document A/CN.9/WG.IV/WP.90 examinait d'une manière générale les questions juridiques liées au transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits. Il présentait une description comparative des méthodes utilisées pour le transfert de droits réels sur des biens corporels et la perfection des sûretés et les difficultés que posait leur transposition dans un environnement électronique. Il faisait le point sur les efforts en cours pour assurer le transfert de droits sur des biens corporels par des moyens électroniques.

16. Concernant les documents formant titre et les titres négociables, le document soulignait qu'il était souhaitable qu'il existe un moyen de pouvoir s'assurer le contrôle du document transférable électronique, qui serait équivalent à une possession matérielle, et proposait de mettre au point un système de registres associé à un procédé technique suffisamment sûr pour aider à résoudre les questions liées à l'unicité et à l'authenticité du document électronique¹¹.

17. L'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux a fait de nouveaux adeptes depuis l'établissement de ces documents, notamment eu égard à l'utilisation de registres pour la création et le transfert de droits.

18. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)¹² (la Convention du Cap) et en particulier son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (Le Cap, 2001)¹³ (Protocole aéronautique à la Convention du Cap)

⁸ Voir A/CN.9/484, par. 87 à 93; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 291 à 293. Pour un historique des précédentes sessions, voir A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 1 à 4.

⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

¹⁰ A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 92.

¹¹ A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 35 à 37.

¹² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2307, n° 41143.

¹³ *Ibid.*, vol. 2367, n° 41143.

constitue un exemple remarquable de l'utilisation de communications électroniques pour les sûretés.

19. L'article 16 de la Convention du Cap prescrit l'utilisation d'un registre électronique pour l'inscription des garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les opérations et avis y afférents, tels que décrits dans cet article. Les garanties inscrites conformément à la Convention du Cap ont priorité sur les garanties inscriptibles mais non inscrites dans les cas qui entrent dans le champ d'application de ladite convention. L'inscription peut donc conférer la priorité à la garantie, avec des avantages évidents pour son porteur, généralement une entité de financement.

20. Le système de registre électronique créé par la Convention du Cap est supervisé par une autorité de surveillance et géré par un conservateur du registre. La Convention du Cap comporte d'autres dispositions sur le registre électronique, notamment, en son article 28, des règles sur la responsabilité du conservateur en cas de dysfonctionnement du système.

21. Dans le cas du Protocole aéronautique à la Convention du Cap, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) exerce les fonctions de l'Autorité de surveillance et Aviareto Limited, société irlandaise, a été choisie par l'Autorité de surveillance comme Conservateur du Registre. L'Autorité de surveillance a adopté un règlement portant sur le fonctionnement du Registre¹⁴. On trouvera des informations supplémentaires sur la Convention du Cap, le Protocole aéronautique à la Convention du Cap et son registre électronique sur le site Web d'UNIDROIT¹⁵ et dans les rapports annuels d'activité du Conservateur du Registre¹⁶.

22. L'utilisation de registres électroniques pour les sûretés a suscité un regain d'attention et pourrait présenter un intérêt pour les travaux futurs du Groupe de travail VI de la CNUDCI (Sûretés)¹⁷. En effet, dans son Guide législatif sur les opérations garanties, la CNUDCI, tenant compte du contenu de textes législatifs qu'elle a élaborés par le passé, fait des recommandations concernant l'utilisation de communications électroniques¹⁸. Le Guide contient aussi un chapitre sur le système de registre, recommande que ce registre soit sous forme électronique si possible, fixe des critères pour son fonctionnement¹⁹ et propose en outre des règles spécifiques sur la responsabilité du conservateur du registre électronique²⁰.

¹⁴ OACI, doc. 9864, *Règlement et règles de procédures du Registre international*, troisième édition, 2009, disponible à l'adresse: http://www.icao.int/icao/fr/leb/intl_registry/index_f.html.

¹⁵ Disponible à l'adresse <https://www.internationalregistry.aero/irWeb/pageflows/work/Reports/DownloadAnnualReport/DownloadAnnualReportController.jspf>.

¹⁶ Des informations bibliographiques sur le Registre international pour les biens aéronautiques sont disponibles à l'adresse: <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/bibliography/registryaircraft.htm>.

¹⁷ Voir document A/CN.9/702.

¹⁸ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Terminologie et recommandations*, publication des Nations Unies, numéro de vente F.09.V.13. Voir en particulier les recommandations 11 et 12 sur l'équivalence fonctionnelle entre la forme écrite et la forme électronique et entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques.

¹⁹ Ibid., recommandation 54.

²⁰ Ibid., recommandation 56: *Responsabilité en cas de perte ou de dommage*. [...] 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 en cas de perte ou de

23. Par ailleurs, la septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-VII) a adopté le “Règlement type concernant le registre qui accompagne la Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières”, censé également être applicable aux registres électroniques²¹.

24. Concernant les documents transférables électroniques incorporant un droit sur les marchandises, il convient de noter que la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les “Règles de Rotterdam”)²² contient un chapitre consacré aux documents électroniques de transport. En particulier, l’article 8 prévoit l’utilisation et l’effet des documents électroniques de transport, l’article 9 les procédures d’utilisation des documents électroniques de transport négociables et l’article 10 énonce des règles pour la substitution d’un document de transport négociable par un document électronique de transport négociable et vice versa. En outre, les Règles de Rotterdam définissent à la fois la notion de document électronique de transport (article 1-18)²³ et celle de document électronique de transport négociable (article 1-19)²⁴.

25. Enfin, la République de Corée a récemment adopté une législation qui permet l’utilisation de connaissements électroniques. Cette législation visant à régler les questions d’unicité et de sécurité qui ont souvent été considérées comme fondamentales dans la création et la gestion des documents transférables électroniques, une description détaillée du système pourrait être utile pour l’examen de travaux futurs dans ce domaine.

B. Cadre juridique pour l’utilisation de connaissements électroniques en République de Corée

26. Dans le contexte d’une réforme législative plus large, la République de Corée a introduit dans son Code de commerce un article permettant l’utilisation de connaissements électroniques²⁵. Les dispositions de cet article sont complétées par

dommage devrait se limiter aux défaillances du système.

²¹ CIDIP-VII/RES.1/09, *Adoption du Règlement type concernant le registre qui accompagne la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* (9 octobre 2009).

²² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

²³ Règles de Rotterdam, article 1-18: Le terme “document électronique de transport” désigne l’information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d’une communication électronique par un transporteur en vertu d’un contrat de transport, y compris l’information qui est logiquement associée au document sous la forme de données jointes ou y est autrement liée au moment de son émission par le transporteur ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante, qui: a) Constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu du contrat de transport; et b) Constate ou contient le contrat de transport.

²⁴ Ibid., article 1-19: Le terme “document électronique de transport négociable” désigne un document électronique de transport: a) 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 applicable au document, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou du destinataire, et qui ne porte pas la mention “non négociable”; et b) Dont l’utilisation répond aux exigences du paragraphe 1 de l’article 9.

²⁵ Article 862 du Code de commerce coréen révisé, adopté le 3 août 2007 (loi n° 9746). Cet article sur les connaissements figure dans la partie V (Commerce maritime), chapitre II (Transport et Affrètement), section 6 (Lettres de transport maritime) de la loi relative au commerce.

des dispositions contenues dans un décret présidentiel²⁶. Les accords contractuels pour accéder à ce service peuvent également être utiles pour déterminer le cadre juridique applicable aux connaissements électroniques²⁷.

1. Champ d'application et dispositions générales

27. L'article 862 du Code de commerce coréen révisé établit l'équivalence juridique entre les connaissements électroniques et les connaissements papier gérés dans un registre électronique de propriété ("le registre électronique de propriété" ou "le registre"). L'adoption de la forme électronique est facultative²⁸. Toutes les personnes physiques et morales qui souhaitent utiliser le système des connaissements électroniques s'inscrivent auprès du conservateur du registre en communiquant leurs nom, adresse et numéro d'immatriculation au registre des sociétés, le cas échéant, avant d'obtenir un accès aux services²⁹.

28. Toutes les communications entre les parties sont échangées sous forme électronique à moins que la loi n'en dispose autrement³⁰. Pour garantir l'authenticité et l'intégrité des communications électroniques, les parties doivent signer le document électronique transmis au conservateur du registre pour l'émission et le transfert des connaissements électroniques avec une signature numérique fournie par un prestataire de services de certification établi en Corée³¹.

29. L'article 862 du Code de commerce coréen révisé s'applique aux connaissements émis dans le cadre du transport national ou international de marchandises par mer³². Toutefois, une difficulté pratique pourrait se poser pour les sociétés non coréennes qui, pour obtenir une certification ICP (infrastructure à clef publique) coréenne, doivent fournir un numéro d'identification personnel ou un numéro d'immatriculation au registre des sociétés délivré en Corée. À cet égard, il convient de noter en outre que l'article 27 *bis* de la loi coréenne relative à la signature électronique³³ prévoit la reconnaissance transfrontière des signatures

²⁶ Conformément à l'article 862-5 du Code de commerce, les exigences spécifiques relatives aux connaissements électroniques et d'autres questions pertinentes concernant l'application du Code de commerce sont définies dans le Décret présidentiel sur l'application des dispositions relatives aux connaissements électroniques du Code de commerce ("le Décret présidentiel"). Ce Décret présidentiel est entré en vigueur le 4 août 2008. Le 26 septembre 2008, le Ministère coréen de la justice a désigné la société Korea Trade Net (KTNET) comme conservateur du registre conformément aux articles 3 et 4 du Décret présidentiel. KTNET a commencé à fournir ses services au public en matière de connaissements électroniques le 30 mars 2009.

²⁷ Accord de services du portail e-B/L Korea (l'"Accord de services").

²⁸ Code de commerce, art. 862-1.

²⁹ Conformément à l'article 8-5 du Décret présidentiel, les bénéficiaires d'un transfert de connaissance électronique s'inscrivent auprès du conservateur du registre avant la demande de transfert.

³⁰ Le conservateur du registre communique avec les parties via les adresses électroniques indiquées sur les plates-formes en ligne (Accord de services, art. 15).

³¹ Le transporteur ou son agent appose sa signature numérique sur la demande d'émission du connaissance électronique (Décret présidentiel, art. 6-1 et 6-1-3); le porteur appose sa signature numérique sur la demande de transfert du connaissance électronique (*ibid.*, art. 8-2-3).

³² La pratique coréenne des connaissements papier peut s'étendre au transport multimodal de marchandises comprenant un élément maritime important. À partir de cette analogie, le portail e-B/L Korea émet des connaissements électroniques pour le transport multimodal.

³³ Loi relative à la signature électronique, modifiée la dernière fois le 26 décembre 2008 (loi

numériques en vertu d'un accord formel entre les gouvernements. Ainsi, en principe, les signatures numériques étrangères peuvent être reconnues dans le système juridique coréen.

2. Émission d'un connaissance électronique

30. Pour émettre un connaissance électronique, le transporteur doit soumettre une demande au conservateur du registre³⁴. Le message doit contenir les mêmes informations requises pour un connaissance papier³⁵ et, en outre, le lieu de réception et le lieu de livraison des marchandises³⁶. Le transporteur ou son agent transmet aussi les clauses et conditions générales du connaissance électronique³⁷. Il transmet en outre l'accord des parties sur l'utilisation de la forme électronique³⁸. Le chargeur peut exprimer son consentement sur l'utilisation de la forme électronique lorsqu'il soumet la demande de transport au transporteur³⁹.

31. La demande introduite par le transporteur auprès du conservateur du registre constitue l'autorisation d'émettre un connaissance électronique. Le conservateur du registre crée un document électronique qui constitue le connaissance électronique et lui assigne un numéro d'identification unique, garantissant ainsi l'unicité du document électronique⁴⁰.

n° 9208).

³⁴ Code de commerce, article 862-1 et Décret présidentiel, article 6-1. Dans la pratique, toutes les demandes sont soumises au registre via les plates-formes en ligne par la méthode dite du "click-wrap". Les petites sociétés peuvent utiliser un portail Web (portail "e-B/L Korea"), tandis que les moyennes et les grandes peuvent appliquer une solution adaptée à leurs besoins ou des progiciels internes de gestion intégrés pour soumettre les demandes directement au registre et mettre à jour les informations qui y sont consignées.

³⁵ Code de commerce, article 853-1.

³⁶ Décret présidentiel, article 6-1-2.

³⁷ Le transporteur peut enregistrer les clauses et conditions générales du connaissance électronique dans le registre en les téléchargeant sur le portail e-B/L Korea avant d'introduire la demande (Accord de services, art. 8). En pareil cas, il n'est pas tenu de transmettre une nouvelle fois les clauses et conditions générales lors de l'émission de chaque connaissance électronique (Décret présidentiel, art. 6-2).

³⁸ Cette communication peut être effectuée sous forme papier (Décret présidentiel, art. 6-1).

³⁹ Sur le portail e-B/L Korea, le chargeur peut présenter la demande de transport via uTradeHub (guichet commercial électronique unique exploité par KTNET) et, à cette occasion, exprimer son accord sur l'utilisation du connaissance électronique par la méthode dite du "click-wrap". Le conservateur du registre reçoit la demande de transport, lui assigne un numéro et la fait suivre au transporteur.

⁴⁰ En fait, deux documents électroniques sont créés dans le système d'enregistrement. Le premier identifie le porteur du connaissance électronique et est stocké dans le registre. Le second contient les informations soumises avec la demande et est stocké dans le répertoire de documents de uTrade. Les deux documents ont un numéro d'identification unique et sont reliés et synchronisés quotidiennement. Le répertoire de documents de uTrade est une plate-forme exploitée par KTNET conformément à l'article 16 de la loi sur la promotion du commerce électronique qui établit les paramètres de gestion des infrastructures à clef publique (loi sur la promotion du commerce électronique, modifiée la dernière fois le 22 mai 2009 (loi n° 9705)). Le répertoire de documents de uTrade, le registre de propriété électronique et la plate-forme en ligne des connaissances électroniques (portail e-B/L Korea) constituent le système d'information relatif aux connaissances électroniques.

32. Le conservateur du registre informe ensuite l'expéditeur de la création du document⁴¹. L'expéditeur peut commencer à exercer son droit de contrôle sur le connaissance dès réception de cette notification⁴².

3. Transfert du connaissance électronique

33. Le porteur peut endosser un connaissance électronique en transmettant au conservateur du registre un message communiquant l'intention de transférer le document électronique⁴³. Le transférant indique dans le message les informations relatives au bénéficiaire du transfert et le numéro d'identification unique assigné au connaissance électronique par le conservateur du registre⁴⁴.

34. Le conservateur du registre modifie le document électronique en actualisant les informations relatives au porteur et en informe en conséquence le bénéficiaire du transfert et le transférant⁴⁵. Dès réception de ce message, le bénéficiaire du transfert commence à exercer son droit de contrôle sur le connaissance électronique⁴⁶.

4. Modification du connaissance électronique

35. Le porteur du connaissance électronique ou le transporteur peut modifier les indications contenues dans le connaissance électronique en introduisant une demande auprès du conservateur du registre⁴⁷. Le conservateur du registre en informe la partie non-requérante⁴⁸; si cette dernière accepte les modifications proposées⁴⁹, le conservateur du registre modifie le document électronique conformément à la demande et en informe les parties en conséquence⁵⁰.

36. Seul le porteur peut demander de scinder ou de combiner les connaissances électroniques⁵¹. Le consentement du transporteur est exigé si la scission ou la combinaison ont pour effet l'annulation du connaissance électronique.

5. Remplacement du connaissance électronique

37. Le porteur peut demander au conservateur du registre le remplacement du connaissance électronique par un connaissance papier⁵². En pareil cas, le conservateur du registre annule le document électronique représentant le connaissance et informe le transporteur de l'annulation⁵³. Le conservateur du

⁴¹ Décret présidentiel, article 6-3.

⁴² Code de commerce, articles 862-2 et 862-4.

⁴³ Décret présidentiel, article 8-1.

⁴⁴ Ibid., article 8-2-2.

⁴⁵ Ibid., articles 8-3 et 8-4.

⁴⁶ Code de commerce, articles 862-3 et 862-4.

⁴⁷ Pour le porteur, voir Décret présidentiel, article 9-1. L'Accord de services étend ce droit au transporteur (Accord de services, art. 19).

⁴⁸ Décret présidentiel, article 9-2.

⁴⁹ Ibid., article 9-3.

⁵⁰ Ibid., article 9-4. Si la partie non requérante refuse la modification, elle en communique la raison au conservateur du registre, qui en informe ensuite la partie requérante.

⁵¹ Accord de services, article 19.

⁵² Décret présidentiel, article 12-1. Le porteur introduit une demande par le biais de la plate-forme en ligne pour obtenir du conservateur du registre un connaissance papier (Accord de services, art. 20).

⁵³ Ibid., article 12-4. Le conservateur du registre est responsable de l'exactitude des informations

registre émet ensuite un connaissement papier et annote au verso tout endossement antérieur du connaissement⁵⁴. Cette annotation a le même effet juridique qu'un endossement⁵⁵.

6. Livraison des marchandises et annulation du connaissement électronique

38. Le porteur du connaissement électronique peut demander la livraison des marchandises en transmettant un message au conservateur du registre⁵⁶. Ce dernier modifie alors le document électronique pour éviter toute autre circulation et transmet la demande de livraison au transporteur⁵⁷.

39. Le transporteur vérifie que la partie requérante correspond bien à la partie habilitée à recevoir la livraison des marchandises conformément au document électronique et, le cas échéant, informe le conservateur du registre de son acceptation de la demande de livraison et livre les marchandises⁵⁸.

40. Après livraison des marchandises, le transporteur transmet au conservateur du registre le nom effectif du destinataire des marchandises et la date de livraison⁵⁹. Dès réception de ces informations, le conservateur du registre annule le document électronique et informe le transporteur et le destinataire de l'annulation⁶⁰.

41. En cas de refus de livrer les marchandises, le transporteur informe le conservateur du registre des motifs du refus. Le conservateur du registre à son tour informe le porteur du connaissement électronique du refus et modifie le document électronique de sorte que le connaissement électronique puisse à nouveau circuler⁶¹.

7. Conservateur du registre

42. Le conservateur du registre doit être une personne morale dotée du matériel et des infrastructures nécessaires pour offrir des services de connaissement électronique, d'un actif net de plus de 20 milliards de won coréens⁶² et d'une couverture d'assurance responsabilité⁶³. Une importance particulière est accordée à l'adoption de mesures adéquates pour l'archivage et la sécurité des données. Le conservateur du registre doit en outre employer au moins 12 personnes qualifiées dans les domaines des technologies de l'information, de la gestion de l'information

figurant sur le connaissement papier (Décret présidentiel, art. 12-5).

⁵⁴ Ibid., article 12-2.

⁵⁵ Ibid., article 12-3. Le Décret présidentiel assigne au conservateur du registre le droit exclusif d'émettre le connaissement papier pour éviter l'émission de plusieurs connaissements. Il s'agit là d'une exception au principe qui veut que le transporteur soit celui qui émet les connaissements papier. De plus, l'article 7 de l'Accord de services donne au conservateur du registre le droit de définir le format des connaissements papier en fonction de ses besoins.

⁵⁶ Ibid., article 10-1.

⁵⁷ Ibid., article 10-2.

⁵⁸ Ibid., articles 11-1 et 11-2. Le transporteur est informé de l'identité de la partie requérante au moment de la réception de l'ordre de livraison, qui est soumise par la partie requérante au registre par le biais du portail en ligne.

⁵⁹ Ibid., article 11-2.

⁶⁰ L'annulation du document empêche toute suppression, modification ou ajout d'informations sur le connaissement électronique (ibid., article 2-7).

⁶¹ Ibid., article 10-3.

⁶² Ce qui correspond actuellement à environ 17 millions de dollars des États-Unis.

⁶³ Ibid., article 3.

et des opérations commerciales et suivre une réglementation interne sur les procédures et les méthodes d'exploitation et de gestion du matériel et des infrastructures. Le Ministère de la justice a autorité pour superviser le conservateur du registre et à mener des audits sur ses activités⁶⁴.

8. Questions de responsabilité

43. L'article 862 du Code de commerce coréen révisé et le Décret présidentiel ne contiennent pas de règles spécifiques sur l'attribution de la responsabilité; les règles générales en matière de responsabilité contenues dans le Code de commerce et les dispositions contractuelles énoncées dans l'Accord de services définissent par conséquent le régime de responsabilité relatif à l'utilisation des connaissements électroniques.

44. En particulier, en vertu des dispositions contractuelles énoncées dans l'Accord de services, le conservateur du registre est exonéré de toute responsabilité et de tout litige concernant le transport des marchandises⁶⁵. En outre, il n'est pas responsable de tout dommage résultant du défaut de l'utilisateur de protéger son nom d'utilisateur et son mot de passe, de la violation par ce dernier de l'Accord de services, ou de toute modification des informations le concernant. Enfin, le conservateur du registre n'est pas responsable des catastrophes naturelles.

45. Les utilisateurs du portail e-B/L Corée sont légalement tenus de vérifier toute modification du statut du connaissement électronique et d'informer le conservateur du registre de toute divergence⁶⁶.

9. Conservation des documents

46. Le conservateur du registre conserve les enregistrements électroniques des connaissements pendant 10 ans après la livraison des marchandises, si elle a eu lieu; pendant 10 ans après la date de l'émission du connaissement électronique, si la livraison des marchandises n'a pas eu lieu et, en cas de remplacement d'un connaissement électronique par un connaissement papier, pendant 10 ans après l'annulation du document électronique par le conservateur du registre⁶⁷.

47. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être voir si des travaux supplémentaires devraient être menés pour établir un cadre juridique uniforme pour les documents transférables électroniques.

IV. Gestion de l'identité

48. L'identité électronique d'une personne ou d'une entité se définit par un ensemble d'attributs (nom, adresse électronique, date de naissance), habituellement choisis en raison de leur pertinence dans tel ou tel contexte. Ces attributs peuvent être soit communs à plusieurs personnes ou entités, soit être uniques. Toutefois, leur association dans chaque identité devrait être unique, tout au moins dans le contexte

⁶⁴ Ibid., article 14.

⁶⁵ Accord de services, article 5.

⁶⁶ Ibid., article 14.

⁶⁷ Décret présidentiel, article 13.

dans lequel cette identité est utilisée, pour en garantir une authentification sûre et l'accès légitime de l'utilisateur à un service.

49. Le modèle économique qui prévaut actuellement dans le monde électronique exige des fournisseurs de services et d'autres entreprises qu'ils identifient et authentifient les utilisateurs qui cherchent à avoir accès à leurs services ou à leurs bases de données. En retour, les utilisateurs doivent établir un certificat d'identité propre à chaque service auquel ils souhaitent avoir accès. Cette approche a entraîné une prolifération des identités renvoyant au même utilisateur, qui peut être lourde à gérer. Elle a également conduit à des redondances dans les données stockées par les entreprises, ainsi qu'à une augmentation des coûts et des risques pour la vie privée. Les tentatives visant à rationaliser la gestion de l'identité, par exemple avec les systèmes de "signature unique", n'ont pas encore obtenu un large appui, en particulier dans les réseaux ouverts, en raison de préoccupations ayant trait, entre autres, à la vie privée, à la sécurité et à la neutralité technologique.

50. Les systèmes de gestion de l'identité ont récemment fait l'objet d'une attention considérable en tant qu'outil propre à promouvoir la confiance dans le commerce électronique et d'autres applications électroniques. En effet, la très forte dépendance des entreprises, des services publics et des consommateurs à l'égard des communications électroniques exige des mécanismes appropriés pour établir une confiance mutuelle. Les systèmes de gestion de l'identité visent à favoriser la transférabilité de l'identité à travers différentes applications en facilitant un échange sécurisé de certificats d'identité et en éliminant les opérations redondantes. C'est pourquoi ils peuvent apporter une contribution significative à la mise en place d'un environnement digne de confiance, sûr et efficace.

51. Pour fonctionner, les systèmes de gestion de l'identité peuvent faire appel à différents processus techniques comme les normes exclusives, les technologies de source ouverte ou des spécifications publiques qui peuvent être mises en œuvre de différentes manières. Leur architecture de système peut également varier considérablement.

52. Les systèmes de gestion de l'identité peuvent assurer l'identification, l'authentification et l'autorisation de l'utilisateur en utilisant de manière sélective les attributs d'identité partagés, ce qui permettrait éventuellement de régler les problèmes liés à la prolifération des identités électroniques. Ils sont déjà utilisés tant dans le secteur public⁶⁸ que dans le secteur privé⁶⁹, y compris pour le réseautage social.

⁶⁸ Pour la politique du Gouvernement des États-Unis en matière de gestion de l'identité, voir <http://www.idmanagement.gov/> et, en particulier, *Federal Identity, Credential, and Access Management (FICAM) Roadmap and Implementation Guidance*, version 1.0 (10 novembre 2009). Par ailleurs, le Gouvernement des États-Unis élabore actuellement une stratégie nationale pour la sécurisation des transactions en ligne, dont le but est "d'améliorer la confiance et la sécurité des transactions en ligne en facilitant l'établissement de cadres de confiance interopérables et la mise en œuvre de technologies améliorées d'authentification et d'autorisation et de processus pour tous les participants à des transactions en ligne dans les secteurs privé, civil et fédéral" (voir Federal News Radio, *White House works to change online transactions* (La Maison Blanche s'emploie à faire évoluer les transactions en ligne), 25 mars 2010, disponible sur <http://www.federalnewsradio.com/?nid=35&sid=1919771>).

⁶⁹ Voir, par exemple, le système openID à l'adresse <http://openid.net/>, le système Kantara à l'adresse <http://kantarainitiative.org/> et le système de l'association SAFE-BioPharma à l'adresse

53. La gestion de l'identité implique un processus initial qui consiste à identifier une entité physique ou juridique (identification), puis un processus qui consiste à vérifier ultérieurement que l'entité prétendant être celle antérieurement identifiée est, en fait, cette entité (authentification). Une fois qu'une entité a été authentifiée avec succès, un troisième processus, appelé "autorisation", est utilisé par la partie se fiant à l'authentification pour déterminer les droits et privilèges accordés à l'identité authentifiée – c'est-à-dire pour déterminer si l'accès à une base de données, ou à un service en ligne devrait être accordé à cette identité.

54. Sous leur forme la plus simple, les systèmes de gestion de l'identité envisagent trois acteurs principaux: le sujet (c'est-à-dire la personne physique ou morale en train d'être identifiée), le fournisseur d'identité et la partie se fiant aux systèmes de gestion de l'identité. La fonction du fournisseur d'identité est de vérifier l'identité des sujets et de faire valoir leurs identités vis-à-vis des parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité. Par conséquent, le fournisseur d'identité peut agir comme tiers de confiance et, de ce fait, recevoir, stocker, gérer, redistribuer et peut-être rassembler les informations soumises par les sujets et les parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité.

55. L'existence de multiples fournisseurs d'identité fédérés dans un cadre de confiance est un cas plus complexe. Dans un tel modèle, le cadre de confiance établirait des normes minimales à observer au sein de la fédération et en suivrait le respect par tous les fournisseurs d'identité. Cette approche vise à garantir le libre jeu de la compétition entre ces derniers, voire à améliorer la qualité de leurs services.

56. Les systèmes de gestion de l'identité peuvent présenter des avantages considérables à la fois pour les sujets et pour les parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité. En particulier, ils pourraient permettre aux sujets d'interagir, par le biais d'une identité unique, avec les différentes parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité, évitant ainsi la saisie et le partage d'informations identifiantes redondantes, et simplifiant et accélérant les procédures d'authentification pour l'accès aux services.

57. Du point de vue des parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité, les avantages éventuels proviendraient du fait que les sujets n'auraient besoin d'être identifiés qu'une seule fois par le fournisseur d'identité, qui authentifierait ensuite les sujets et partagerait de manière sélective les attributs pertinents de leur identité avec les diverses parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité lorsqu'ils souhaitent obtenir un accès aux services. Ceci permettrait aux parties qui se fient aux systèmes de gestion de l'identité de réaliser des économies importantes de ressources humaines et techniques grâce à des économies d'échelle, et d'interagir entre elles avec une interopérabilité accrue. Le respect des normes réglementaires pourrait également s'en trouver facilité.

58. Des organisations intergouvernementales ont déjà contribué à l'étude de ce sujet. Sur le plan technique, l'Union internationale des télécommunications a établi un groupe spécialisé sur la gestion de l'identité "afin de faciliter et promouvoir l'établissement d'un cadre générique [pour la gestion de l'identité] et les moyens

d'identifier des identités distribuées de façon autonome ainsi que des fédérations d'identités"⁷⁰.

59. Sur le plan politique, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a élaboré un premier document de référence⁷¹ qui met en évidence la nécessité d'une compatibilité des obligations de respect des réglementations dans l'ensemble des organisations, pour faciliter l'interopérabilité juridique. Le document met également l'accent sur l'opportunité, en particulier au niveau international, de créer non pas un environnement réglementaire, mais un environnement juridique propice à la promotion d'une fédération des systèmes⁷². Il énumère en outre, comme éléments pertinents d'un environnement juridique propice, l'obligation de rendre compte et la transparence dans le fonctionnement des diverses composantes du système de gestion de l'identité. Par ailleurs, il souligne la nécessité de règles claires en matière de prestation de services, de manipulation et de stockage d'informations personnelles, en particulier d'informations personnelles sensibles, et en matière de répartition des risques de responsabilité entre les participants.

60. Une analyse plus détaillée a permis de classer les questions juridiques soulevées par les systèmes de gestion de l'identité en quatre catégories principales: la vie privée, l'identification et l'authentification, la responsabilité et la performance⁷³.

61. La vie privée et les risques de sécurité ont très tôt fait l'objet d'une attention particulière. L'accent a été mis sur les risques liés à un usage inapproprié, à une divulgation abusive et à la violation des informations relatives à l'identité. À cet égard, il a été suggéré que l'utilisation d'une approche fédérée et, en particulier, la supervision d'un cadre de confiance, permettrait de renforcer le respect de la vie privée et la sécurité⁷⁴. On a également mentionné l'opportunité ou la nécessité d'établir des normes internationales sur le flux transfrontière d'informations relatives à l'identité.

62. L'identification et l'authentification sont les processus clefs qui sous-tendent tout système de gestion de l'identité. L'identification permet d'établir un lien entre le sujet et une identité électronique, tandis que l'authentification permet de valider l'association entre le sujet qui prétend représenter l'identité et l'identité revendiquée. Ainsi, une mauvaise identification exposerait les parties qui se fient à la gestion de l'identité à un accès abusif aux services qu'ils fournissent en dépit de conditions d'authentification très strictes. De même, une mauvaise authentification

⁷⁰ On trouvera plus d'informations sur le groupe spécialisé de l'Union internationale des télécommunications sur la gestion de l'identité à l'adresse <http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com17/fgidm/index.html>.

⁷¹ Groupe de travail de l'OCDE sur la sécurité de l'information et la vie privée, *Le rôle de la gestion de l'identité numérique dans l'économie Internet: guide d'introduction à l'intention des décideurs*, DSTI/ICCP/REG(2008)10/FINAL, 11 juin 2009.

⁷² Ibid., p. 12.

⁷³ T.J. Smedinghoff, *Federated Identity Management: Balancing Privacy Rights, Liability Risks, and the Duty to Authenticate*, 21 août 2009, disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1471599>.

⁷⁴ Center for Democracy & Technology, *Issues for Responsible User-Centric Identity*, novembre 2009 – version 1.0, p. 2, disponible à l'adresse http://cdt.org/files/pdfs/Issues_for_Responsible_UCI.pdf.

les exposerait à des risques similaires nonobstant une identification correcte. Comme l'environnement de la gestion de l'identité favorise la portabilité de l'identité, toutes les parties pourraient se trouver particulièrement exposées aux dommages potentiels que pourraient provoquer de tels accès abusifs.

63. Le respect des procédures appropriées d'authentification et d'identification pourrait s'avérer utile pour les parties non incluses dans le système de gestion de l'identité. Par exemple, lorsque cela est approprié en vertu de la loi applicable, une institution financière pourrait souhaiter se fier à un fournisseur d'identité dans le cadre d'un système de gestion de l'identité pour satisfaire aux obligations légales découlant des normes "Know Your Customer (Connaissez votre client)" visant à lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

64. L'analyse des règles régissant la répartition de la responsabilité, en particulier en cas d'identification incorrecte, d'accès non autorisé aux services ou aux données relatives à l'identité, ou pour déni d'accès à des services légitimes ou aux données relatives à l'identité, pourrait revêtir un intérêt particulier. L'utilisation abusive d'informations relatives à l'identité et l'accès illégal aux services pourraient faire partie des scénarios à prendre en considération. La répartition de la responsabilité devrait ménager un équilibre entre les différents intérêts sans empêcher l'adoption plus large du modèle. Pour y parvenir, il pourrait être souhaitable de définir les normes de performance des différents acteurs qui, en retour, pourraient contribuer à établir une confiance mutuelle.

65. Les normes actuelles s'établissent par autorégulation et accords contractuels. Il a également été proposé qu'un ensemble de règles juridiques définissant les devoirs et obligations des participants dans les systèmes de gestion de l'identité soient compilées⁷⁵. Ces règles pourraient aussi être de nature législative.

66. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être examiner la question de savoir si l'état actuel du sujet justifie une étude plus approfondie du Secrétariat, y compris par l'organisation de réunions d'experts ou la participation à de telles rencontres, le cas échéant.

V. Utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique

67. L'utilisation étendue d'appareils mobiles, dont les téléphones mobiles, est une réalité établie dans de nombreux pays développés. Ces dernières années, elle a également connu une expansion importante dans les pays en développement, où l'on voit dans les appareils mobiles un moyen efficace de surmonter les problèmes liés à l'insuffisance des infrastructures de communication⁷⁶. De fait, le nombre rapidement

⁷⁵ L'Association du barreau américain (American Bar Association) a constitué une équipe juridique spéciale sur la gestion fédérée des identités qui a pour objectifs d'identifier et d'évaluer les problèmes juridiques liés au développement, à la mise en œuvre et à l'utilisation de systèmes de gestion fédérée des identités, d'identifier et d'évaluer les modèles juridiques appropriés pour régler ces problèmes, d'élaborer des conditions et contrats modèles qui peuvent être utilisés par les parties. On trouvera plus d'informations sur les travaux de l'Équipe juridique spéciale à l'adresse www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=CL320041.

⁷⁶ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Rapport 2009 sur l'économie de l'information: tendances et perspectives en période de turbulences*,

croissant d'utilisateurs d'appareils mobiles dans les pays en développement s'est révélé un facteur déterminant dans la réalisation de l'objectif fixé par le Plan d'action de Genève issu du Sommet mondial sur la société de l'information, à savoir "faire en sorte que plus de la moitié des habitants de la planète aient à leur portée un accès aux TIC"⁷⁷ bien avant la date butoir fixée à 2015⁷⁸.

68. Cette tendance s'est également traduite par une offre accrue d'une vaste gamme de services fournis par le biais des appareils mobiles. La technologie utilisée peut varier selon l'infrastructure de communication disponible. Ainsi, les appareils mobiles peuvent être utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques via le service de messages courts (SMS), ou pour naviguer sur l'Internet grâce au protocole d'application sans fil (WAP), ou encore pour effectuer des transactions sans contact avec des applications de communication en champ proche (NFC). Dans la plupart des cas, sinon dans tous les cas, la communication peut être qualifiée comme étant de nature électronique en vertu des normes législatives adoptées dans les textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

69. À un niveau général, la prévisibilité du statut juridique des transactions effectuées par des moyens électroniques, notamment de celles faites à l'aide d'appareils mobiles, devrait être améliorée par l'adoption d'une législation appropriée. Toutefois, d'une part, plusieurs pays, en particulier les pays les moins développés, n'ont pas encore adopté de loi générale sur le commerce électronique, d'autre part, certains pays, ayant explicitement indiqué que le commerce mobile était l'une des formes de commerce électronique couvertes par une législation technologiquement neutre, ont envisagé des règles spécifiques supplémentaires pour répondre à ses besoins⁷⁹. Parallèlement, les organisations professionnelles s'emploient activement à présenter leurs vues sur diverses questions législatives⁸⁰. Des conseils sur l'adoption de normes juridiques appropriées pourraient donc être utiles.

70. Les services de paiement constituent l'un des domaines où l'importance de la technologie mobile a été soulignée. Ici également, il est possible de noter un accroissement non seulement quantitatif mais aussi de la variété des services offerts, qui est proportionnelle à la disponibilité et à l'accessibilité de la technologie pour les utilisateurs. La rapidité des changements technologiques pourrait ajouter du poids aux arguments en faveur de l'adoption d'une législation technologiquement neutre.

71. Les paiements mobiles sont considérés comme un outil propice à l'inclusion financière, en particulier en milieu rural⁸¹. En effet, dans un nombre sans cesse

publication des Nations Unies, numéro de vente: E.09.II.D.18, p. 4 à 8 (disponible en anglais seulement).

⁷⁷ Document WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F.

⁷⁸ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Rapport 2008 sur le suivi du Sommet mondial sur la société de l'information*, UNCTAD/DTL/STICT/2008/1, p. 2 à 4 (disponible en anglais seulement).

⁷⁹ France, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article 28.

⁸⁰ Voir, par exemple, Groupe de travail GSM Europe sur le M-Commerce, dont les vues sont disponibles à l'adresse http://www.gsmeurope.org/work_groups/mcommerce.shtml.

⁸¹ Timothy R. Lyman, Mark Pickens, David Porteous, *Réguler la banque à distance*

croissant de pays en développement, les opérateurs de réseaux mobiles proposent des services payants au moyen de communications électroniques transmises via des appareils mobiles, le plus souvent par SMS. Cette formule peut permettre d'atteindre des clients qui, pour un certain nombre de raisons dont la difficulté d'accéder à leurs structures physiques, n'ont pas accès aux services des institutions financières traditionnelles⁸². Les paiements transfrontières peuvent être courants, par exemple, pour promouvoir les échanges régionaux, en particulier dans les régions où les milieux commerciaux se fondent sur des liens autres que la nationalité, et pour les envois de fonds des expatriés⁸³.

72. Il convient de noter que les opérateurs de réseaux mobiles ne proposent généralement pas de services financiers, mais qu'ils facilitent simplement le transfert d'argent; leurs services peuvent donc être définis comme des paiements mobiles (ou des m-paiements). Toutefois, les institutions financières peuvent tout aussi bien proposer leurs services, notamment en règle générale l'accès au crédit et les intérêts sur les dépôts d'argent, par l'intermédiaire d'appareils mobiles; en pareil cas, le service peut être qualifié comme étant un service de banque mobile (ou un m-banking)⁸⁴. Parce qu'il exige souvent des normes technologiques plus strictes, y compris pour des raisons de sécurité, le service de banque mobile est plus courant dans les pays dotés de réseaux de communication pointus. Au nombre des autres facteurs pertinents qui contribuent à la diffusion de ce type de service, on peut citer la sophistication des marchés financiers et, en particulier, la disponibilité d'outils multiples pour l'interaction avec les fournisseurs de services financiers.

73. Les paiements mobiles peuvent poser des défis singuliers. Par exemple, l'objectif étant de favoriser l'inclusion financière, il pourrait être nécessaire d'adopter un seuil plus faible pour l'identification de clients dans des endroits où il n'est pas facile de se procurer des documents d'identité officiels. Des normes d'identification moins strictes pourraient donc être appliquées à ces clients, ce qui pourrait, par voie de conséquence, entraîner l'adoption de normes d'authentification souples dans le contexte d'une approche technologiquement neutre. Une étude récente de l'OCDE analyse quelques-unes des questions politiques concernant spécifiquement le commerce mobile, en particulier du point de vue des consommateurs⁸⁵.

transformationnelle: comment la téléphonie mobile et d'autres innovations technologiques facilitent l'accès aux services financiers, Note Focus n° 43 du Groupe consultatif d'aide aux pauvres, janvier 2008, disponible à l'adresse http://www.cgap.org/gm/document-1.9.37292/FN43_FRN.pdf.

⁸² Le Kenya est un exemple bien connu d'application de ce modèle commercial: voir *Alliance for Financial Inclusion (AFI), Case Study. Enabling mobile money transfer. The Central Bank of Kenya's treatment of M-Pesa*, février 2010, à l'adresse http://www.afi-global.net/downloads/AFI_case%20study_Mpesa.pdf.

⁸³ Pour d'autres aspects à prendre en considération sur l'utilisation de moyens électroniques pour promouvoir l'inclusion financière, voir le document A/CN.9/698 sur la microfinance et le développement économique international, en particulier le paragraphe 58.

⁸⁴ D'un point de vue réglementaire, il convient de noter qu'une différence importante entre les m-paiements et le m-banking pourrait résider dans le niveau de supervision éventuelle de l'opérateur de services par une autorité financière centrale.

⁸⁵ OCDE, *Orientations de l'OCDE pour les politiques concernant les questions émergentes de protection et autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile*, juin 2008.

74. Compte tenu de ce qui précède et de l'impact potentiel des technologies mobiles au service du développement, la Commission voudra peut-être examiner la question de savoir si l'état actuel du sujet justifie une étude plus approfondie. S'agissant des paiements mobiles, la Commission voudra peut-être rappeler les travaux déjà menés dans le domaine des paiements internationaux, par exemple lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux⁸⁶, afin de déterminer si ces travaux devraient être révisés et actualisés pour tenir compte de l'utilisation des appareils mobiles.

⁸⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

B. Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-5
II. Thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs	6-67
A. Sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés	6-43
1. Introduction	6-13
2. Opportunité	14-21
3. Faisabilité	22-38
4. Conclusions	39-43
B. Inscription des sûretés réelles mobilières	44-67
1. Introduction	44-48
2. Opportunité	49-51
3. Faisabilité	52-65
4. Conclusions	66-67

I. Introduction

1. À sa quarantième session en 2007, la Commission a décidé que, une fois le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le “*Guide*”) achevé, des travaux devraient être entrepris en vue d’établir un supplément au *Guide* consacré aux sûretés sur certains types de valeurs mobilières, en tenant compte des activités menées par d’autres organisations, en particulier par l’Institut international pour l’unification du droit privé (UNIDROIT)¹.

2. À ses quatorzième et quinzième sessions, le Groupe de travail VI (Sûretés) a entamé une discussion sur son programme de travaux futurs. Plusieurs propositions ont été faites à ces deux sessions, dont les suivantes: a) un supplément au *Guide* consacré aux sûretés grevant des valeurs mobilières non régies par la Convention d’UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009; la “Convention d’UNIDROIT sur les titres”)²; b) un guide législatif concernant l’inscription des sûretés réelles mobilières sur les registres généraux de

¹ *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 147 et 160.

² <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf>.

sûretés; c) une loi type sur les opérations garanties qui se fonderait sur les recommandations du *Guide*; d) un guide contractuel sur les opérations garanties; et e) un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle (voir respectivement A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126).

3. À sa quarante-deuxième session en 2009, la Commission a noté avec intérêt les thèmes dont le Groupe de travail avait discuté en vue d'établir un programme de travaux futurs. Elle est convenue, à cette session, qu'il serait possible d'avancer dans cette tâche si le Groupe, en fonction du temps disponible, abordait la question à sa seizième session. Elle est également convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. Il a été généralement convenu que, avec une note du Secrétariat, la Commission serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail à sa quarante-troisième session³.

4. À ses seizième et dix-septième sessions, le Groupe de travail a procédé à un examen préliminaire de son programme de travaux futurs (A/CN.9/685, par. 96, et A/CN.9/689, par. 59 à 61). À sa dix-septième session, l'idée de travaux sur la réglementation de l'inscription des sûretés et sur une loi type relative aux opérations garanties fondée sur les recommandations du *Guide*, a reçu un certain appui. S'agissant d'un supplément au *Guide* consacré aux sûretés sur certains types de valeurs mobilières, il a été remarqué qu'un tel instrument devrait se restreindre aux titres non intermédiés compte tenu des travaux réalisés par UNIDROIT et la Conférence de La Haye sur les titres intermédiés (voir la Convention d'UNIDROIT sur les titres et la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, La Haye, 2006, la "Convention de La Haye sur les titres")⁴. En ce qui concerne l'octroi de licences de propriété intellectuelle ou un éventuel registre international des sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, il a été noté que les éventuels travaux sur ces sujets devraient être étroitement coordonnés avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) (A/CN.9/689, par. 61).

5. Conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-deuxième session⁵, un colloque international sur les opérations garanties s'est tenu à Vienne, du 1^{er} au 3 mars 2010, pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés. Une centaine d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé ont participé à cette réunion de trois jours, dont les discussions ont servi de base au Secrétariat pour établir la présente note. Les documents présentés pour ce colloque peuvent être consultés sur le site Web de la CNUDCI et des articles seront publiés dans la *Revue de droit uniforme* en coordination avec UNIDROIT.

³ Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.

⁴ http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72.

⁵ Ibid.

II. Thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs

A. Sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés

1. Introduction

a) Généralités

6. Le *Guide* traite, dans le détail, presque tous les types de biens meubles occupant une place centrale dans les opérations modernes de financement commercial: le matériel, les stocks, les créances [le *Guide* incorpore, en les complétant, les principes de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention sur les créances")]⁶, le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, les instruments négociables, les documents négociables et les droits de propriété intellectuelle (voir recommandation 2, al. a)). Il n'aborde toutefois pas une catégorie extrêmement importante de biens meubles, à savoir les valeurs mobilières, qui sont toutes expressément exclues de son champ d'application (voir recommandation 4, al. c)). Cette lacune est partiellement comblée par les Conventions d'UNIDROIT et de La Haye sur les titres. Celles-ci ne régissent cependant que les titres intermédiés, si bien que la lacune subsiste pour les titres non intermédiés et qu'aucune orientation n'est donnée aux États à propos des sûretés réelles mobilières sur ces titres. On notera que le livre IX (sûretés réelles mobilières) du projet de cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen traite des sûretés sur tous les types de biens meubles, y compris les titres, qu'ils soient intermédiés ou non.

7. Les opérations sur les marchés financiers portant généralement sur des titres intermédiés, cette lacune ne présente probablement pas de gravité pour un régime gouvernant ces marchés. Elle présente en revanche de l'importance pour un régime du financement commercial, car les titres non intermédiés jouent un rôle capital dans de nombreuses opérations de financement de ce type. Dans ces opérations, le prêteur exige très souvent de l'emprunteur, non seulement des sûretés sur plusieurs de ses biens, mais également une sûreté sur ses actions ou sur les actions de ses filiales. Ces titres sont souvent détenus par un nombre limité d'actionnaires, et non par un intermédiaire, et ne sont pas échangés sur un marché reconnu. En fonction du droit de l'État où la société concernée est constituée, ces actions soit sont représentées par un certificat soit sont dématérialisées.

b) Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés

8. Il convient de noter que la Convention d'UNIDROIT sur les titres a pour principal objet d'établir un régime juridique commun pour la détention et la disposition des titres intermédiés (voir le préambule de la Convention). Les titres intermédiés se définissent comme des titres détenus auprès d'un intermédiaire; ils sont souvent appelés "titres détenus indirectement", bien que ce terme ne soit pas

⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html.
Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04V.14.

employé dans la Convention. Voici un exemple simple de titres intermédiés: ABC, société cotée, a émis des actions; CDS est l'actionnaire inscrit sur les registres d'ABC; Y, courtier en valeurs mobilières, a un compte auprès de CDS, sur lequel sont détenues des actions d'ABC. Z, investisseur, a un compte de titres auprès de X où sont détenues des actions d'ABC. Les droits de l'investisseur concernant les actions d'ABC créditées sur son compte sont appelés "titres intermédiés".

9. La Convention d'UNIDROIT sur les titres vise à énoncer des règles juridiques de base pour l'acquisition et la disposition des titres intermédiés, y compris l'acquisition de sûretés sur ces titres. Ses dispositions sur les sûretés traitent principalement trois questions: a) l'opposabilité; b) la priorité; et c) la réalisation. En ce qui concerne l'opposabilité, la Convention prévoit qu'une sûreté sur des titres intermédiés peut devenir opposable: a) si les titres sont détenus sur un compte au nom du créancier garanti (voir art. 9 et 11); ou b) si le titulaire du compte de titres confère au créancier garanti le contrôle des titres (voir art. 12). Le créancier garanti acquiert le contrôle par une convention qu'il conclut avec le titulaire du compte et l'intermédiaire pertinent et qui l'autorise à bloquer tout acte de disposition des titres accompli par le titulaire ou à disposer des titres sans le consentement de ce dernier. Une écriture en compte effectuée en faveur d'un créancier garanti peut également produire le même effet qu'une convention de contrôle.

10. Les règles de priorité de la Convention d'UNIDROIT peuvent se résumer comme suit: a) un créancier garanti qui devient titulaire du compte pour les titres intermédiés prime tous les réclamants concurrents (voir art. 11 et 19, par. 2); b) la sûreté d'un créancier garanti rendue opposable par contrôle a priorité sur toute sûreté rendue opposable selon une autre méthode prévue par le droit non conventionnel (par exemple par inscription; voir art. 12 et 19, par. 2); c) si deux personnes obtiennent le contrôle des mêmes titres intermédiés, la première à avoir obtenu le contrôle est prioritaire (art. 19, par. 3); d) si un intermédiaire détenant une sûreté sur un compte de titres qu'il tient lui-même autorise par la suite un créancier garanti à prendre le contrôle du compte, cet autre créancier sera prioritaire (art. 19, par. 4).

11. La Convention d'UNIDROIT prévoit aussi qu'une sûreté consentie par un intermédiaire sur des titres intermédiés détenus auprès d'un autre intermédiaire prime les droits du titulaire de compte du premier intermédiaire si la sûreté a été rendue opposable par contrôle (voir art. 20). Le créancier garanti d'un titulaire de compte ne pouvant pas jouir de droits plus importants que ceux du titulaire, cette règle peut affecter les créanciers garantis d'un titulaire de compte. Il ne s'agit toutefois pas d'une règle de priorité au sens strict car, dans les cas visés par celle-ci, le créancier garanti du titulaire de compte et le créancier garanti de l'intermédiaire n'auraient pas une sûreté sur les mêmes titres intermédiés.

12. Les règles de réalisation de la Convention d'UNIDROIT sont facultatives et visent à compléter le droit interne. On notera également que la Convention considère un accord de transfert de la propriété à titre de garantie comme une institution juridique distincte. Ce type de transfert ne serait donc pas soumis au régime applicable aux sûretés. Les dispositions de la Convention sur la réalisation permettent pour l'essentiel au créancier garanti, en cas de défaillance du débiteur, de disposer des titres intermédiés de gré à gré sans obligation de préavis ni de supervision d'un tribunal. La Convention prévoit en outre que l'ouverture d'une

procédure d'insolvabilité contre le débiteur ne suspend pas les droits à réalisation du créancier garanti.

13. La Convention d'UNIDROIT renvoie certaines questions à d'autres règles de droit, par exemple celle de la constitution d'une sûreté sur des titres intermédiés ou encore celle de savoir si une telle sûreté peut être rendue opposable par inscription d'un avis à un registre général des sûretés (une telle sûreté est primée par une sûreté rendue opposable, conformément à la Convention, par inscription en compte ou par contrôle). De ce fait, et comme le *Guide* ne traite pas des sûretés sur les valeurs mobilières, les États ne disposent d'aucune orientation sur ces questions.

2. Opportunité

14. Afin de déterminer s'il est opportun d'entreprendre des travaux sur les sûretés réelles mobilières grevant des titres non intermédiés, la Commission souhaitera peut-être examiner: a) certaines opérations fréquentes dans lesquelles des titres non intermédiés sont affectés en garantie de crédits octroyés à des petites ou moyennes entreprises; et b) les problèmes posés par la grande divergence de traitement de ces opérations de financement commercial d'un système juridique à l'autre.

a) Opérations dans lesquelles des titres non intermédiés sont affectés en garantie d'un crédit

15. Lorsque les biens de l'emprunteur comprennent, notamment, les actions d'une ou de plusieurs filiales détenues à 100 % ou que l'emprunteur est une holding ayant pour seuls biens les actions de ses filiales, il se peut que le prêteur ne soit disposé à lui concéder un crédit que si celui-ci est garanti, en tout ou en partie, par la valeur des filiales au moyen d'une sûreté sur les actions de ces dernières. En cas de défaut de remboursement de l'emprunteur, le prêteur pourrait se désintéresser principalement en essayant de vendre les filiales en exploitation.

16. Les sûretés sur les actions d'un emprunteur peuvent aussi revêtir une extrême importance pour le prêteur, même lorsque celui-ci détient également des sûretés sur les créances, les stocks et d'autres biens meubles de l'emprunteur. En effet, selon la situation au moment de la réalisation, le prêteur pourrait estimer que la vente de l'entreprise en exploitation lui permettra de recouvrer des sommes plus importantes que s'il réalisait ses sûretés sur les biens de l'emprunteur en recouvrant les créances et en vendant d'autres biens aux enchères. Un acheteur potentiel est souvent disposé à payer davantage parce que l'entreprise fonctionne ou parce que l'achat des actions préserverait certains arrangements contractuels avec des tiers ou des avantages fiscaux. Il peut en outre se révéler plus rapide et moins coûteux de vendre une entreprise en exploitation que de vendre des biens séparément.

17. Un autre exemple du même ordre est le cas d'un prêt octroyé à un groupe de sociétés réalisant une activité unique, groupe dans lequel un membre est propriétaire des propriétés intellectuelles et un autre des biens immeubles et un troisième fournit les services de gestion et d'appui. Il se peut que le groupe dans son ensemble fonctionne comme une entreprise unique, même si les biens et les salariés sont répartis entre les entités juridiques distinctes qui le composent. La perspective de préserver la valeur d'exploitation du groupe tout entier peut, dans ce cas, être essentielle pour un prêteur qui envisage de lui accorder un financement. Il est fort

probable, dans une telle situation, que le prêteur demande une sûreté sur les actions de la société mère ou des filiales.

18. Il est possible aussi que le prêteur souhaite obtenir une sûreté directement sur certains biens de l'emprunteur mais ne puisse le faire pour diverses raisons, dont les suivantes: a) les biens de l'emprunteur peuvent être constitués de droits découlant de contrats de location, de licences, de contrats de vente ou d'autres biens dont l'affectation en garantie lui est interdite contractuellement; b) dans le cas de biens appartenant à une filiale ou à une société apparentée de l'emprunteur, les règles de l'État concerné applicables en matière de gouvernement d'entreprise peuvent empêcher une société de consentir une sûreté sur ses biens pour garantir un prêt octroyé à sa maison mère ou une société apparentée; c) il se peut que le droit des opérations garanties applicable ne reconnaisse pas les sûretés sur certains biens de l'emprunteur, par exemple sur divers types de propriétés intellectuelles; d) lorsque le prêt demandé est destiné à financer l'acquisition des actions de l'emprunteur, les règles juridiques d'"assistance financière" de l'État concerné peuvent interdire à cet emprunteur d'octroyer une sûreté sur ses biens pour garantir ce prêt; e) les règles fiscales de l'État concerné peuvent imposer une lourde charge économique à une société qui consent une sûreté sur ses biens pour garantir un prêt fait à sa société mère ou des sociétés apparentées à l'étranger.

19. Dans chacune de ces situations, même si le prêteur ne peut obtenir de sûreté sur les biens d'une société, il peut faire en sorte que son prêt soit indirectement garanti par ces biens en prenant une sûreté sur les actions de la société. Bien qu'une sûreté sur ces actions soit primée par les droits d'autres créanciers de la société, elle présentera suffisamment de valeur aux yeux du prêteur pour l'inciter à octroyer un crédit. En règle générale, sa décision de consentir un crédit dépendra, en tout ou en partie, de sa capacité à préserver la valeur d'exploitation de l'emprunteur grâce à des sûretés sur des titres détenus directement. La préservation de cette valeur peut être importante pour l'emprunteur mais aussi pour les tiers. Un avantage pour l'emprunteur est simplement que le prêteur sera davantage enclin à lui octroyer un crédit plus important ou à de meilleures conditions. Un deuxième avantage est que, plus le montant recouvré par voie de réalisation de la sûreté est important, moins le prêteur risque d'être confronté à une dette résiduelle qui le conduira à demander paiement aux garants, et plus le produit de la réalisation aura des chances d'être excédentaire pour permettre de payer d'autres créanciers ou des actionnaires. Enfin, il peut aussi y avoir un avantage social car, si l'entreprise est vendue en exploitation, les emplois auront plus de chances d'être préservés.

b) Problèmes devant être traités dans un futur supplément au *Guide*

20. Dans de nombreux États, la législation actuelle prévoit un mécanisme pour obtenir une sûreté réelle mobilière sur les actions de certains types de sociétés nationales au moins. Dans d'autres États, elle ne traitera peut-être pas expressément la question, les tribunaux devant alors combler cette lacune en appliquant par analogie le droit général des sûretés réelles mobilières. Comme pour les sûretés grevant du matériel, des stocks, des créances et d'autres types de biens meubles, ces législations varient considérablement d'un État à l'autre. Par exemple, dans certains États, la constitution d'une sûreté sur des titres non intermédiés est soumise à des formalités minimales, alors que, dans d'autres, elle se voit imposer des formalités plus complexes, comme l'établissement d'un acte notarié. De plus, dans certains

États, une sûreté sur des titres non intermédiés est automatiquement opposable dès sa constitution, alors que, dans d'autres, un acte séparé, comme la prise de possession des certificats, dans le cas de titres représentés par de tels certificats, ou encore l'inscription de la convention constitutive de sûreté ou d'un avis concernant la sûreté, est exigé. Dans bon nombre d'États, les règles permettant de déterminer la priorité d'une sûreté sur des titres non intermédiés par rapport aux droits de réclameurs concurrents, tels que d'autres créanciers garantis, des acquéreurs, des créanciers judiciaires ou des administrateurs de l'insolvabilité, diffèrent également, tout comme diffèrent enfin les règles de réalisation d'une sûreté sur des titres non intermédiés, certains États exigeant l'ouverture d'une procédure judiciaire et d'autres autorisant la réalisation par voie extrajudiciaire.

21. Un supplément au *Guide* qui contiendrait des commentaires et des recommandations clairs et concis permettant de constituer des sûretés réelles mobilières sur des titres non intermédiés, de les rendre opposables, d'en assurer la priorité et de les réaliser d'une manière efficace et économique encouragerait les prêteurs à octroyer des crédits dans des situations où ils ne seraient normalement pas disposés à le faire ou à octroyer des crédits plus importants à un moindre coût. Si les législations suivaient les principes énoncés dans un texte établi par la Commission, elles seraient harmonisées, ce qui devrait faciliter l'octroi de crédits d'un pays à l'autre et favoriser ainsi le commerce international. Étant donné que les opérations sur les marchés financiers portent généralement sur des titres intermédiés, ce supplément n'aurait guère d'incidence sur ces marchés ni sur les règles qui leur sont applicables.

3. Faisabilité

22. La Commission voudra peut-être noter qu'il ne serait pas difficile d'établir un commentaire et des recommandations concernant spécifiquement les sûretés réelles mobilières sur des titres non intermédiés et non négociés sur les marchés. Il serait nécessaire de traiter les questions suivantes:

a) Le terme "titres"

23. Il faudra peut-être expliquer le terme "titres" et le distinguer des instruments négociables et des créances (sûretés sur). Dans ce contexte, il faudra peut-être se demander si le terme devrait englober les participations dans certaines entreprises, participations qui dans certains États ne seraient pas considérées comme des titres traditionnels (par exemple, parts de "partnerships" et parts de coentreprises).

24. Une autre solution pourrait être d'expliquer le terme "titres" en se référant à des textes comme la Convention d'UNIDROIT, dans laquelle ce terme "désigne toutes actions, obligations ou autres instruments financiers ou actifs financiers (autres que des espèces) qui peuvent être portés au crédit d'un compte de titres, qui peuvent être acquis et dont on peut disposer conformément aux dispositions de la Convention" (art. 1, al. a)).

25. Il importe également d'établir une distinction: a) entre les titres représentés par des certificats ou titres corporels et les titres non représentés par des certificats, incorporels ou dématérialisés; et b) entre les titres intermédiés (autrement dit ceux détenus sur un compte de titres) et les titres non intermédiés (détenus directement

par leur propriétaire). Ces distinctions sont importantes car les règles différeront en fonction de la nature des titres.

b) Champ d'application

26. Pour éviter tout chevauchement avec la Convention d'UNIDROIT sur les titres, il faudrait exclure les titres intermédiés régis par cette Convention du champ des travaux qu'entreprendrait la Commission. Pour la même raison, il faudra peut-être aussi exclure les titres négociés sur les marchés, même s'ils sont détenus directement.

27. L'exclusion pourrait être formulée, par exemple, sur le modèle de l'alinéa a) de la recommandation 4 du *Guide*, lequel prévoit que la loi ne devrait pas s'appliquer "aux aéronefs, au matériel roulant ferroviaire, aux objets spatiaux, aux navires ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par le droit national ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur les présentes recommandations [...] est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par ce droit national ou cet accord international".

c) Constitution (efficacité entre les parties)

28. Les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* pourraient s'appliquer à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des titres non intermédiés, que ces titres soient représentés par des certificats ou dématérialisés (voir recommandations 13 à 22).

d) Opposabilité (efficacité à l'égard des tiers)

29. Pour ce qui est des titres non intermédiés représentés par des certificats, les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* qui sont analogues à celles applicables aux sûretés sur des instruments négociables pourraient s'appliquer (voir recommandations 32 et 37). Une sûreté sur des titres non intermédiés représentés par des certificats pourrait par conséquent être rendue opposable par inscription ou possession.

30. En ce qui concerne les titres dématérialisés, les règles de la loi recommandée dans le *Guide* analogues à celles applicables aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire pourraient s'appliquer (voir recommandation 49). Une sûreté sur des titres non intermédiés dématérialisés pourrait donc être rendue opposable par inscription ou contrôle (la convention de contrôle doit être conclue entre l'émetteur, le constituant et le créancier garanti).

e) Priorité

31. En ce qui concerne les titres représentés par des certificats, comme pour les instruments négociables, une sûreté avec dépossession aurait priorité sur une sûreté inscrite ou une autre sûreté, ou sur le droit de l'acheteur des titres ou d'une autre personne à laquelle les titres ont été transférés (voir recommandations 101 et 102).

32. S'agissant des titres dématérialisés, comme pour les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, une sûreté rendue opposable par contrôle aurait priorité sur une sûreté inscrite ou une autre sûreté, ou sur le droit de

l'acheteur des titres ou d'une autre personne à laquelle les titres ont été transférés (voir recommandations 103 à 105).

f) Réalisation

33. Les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* pourraient s'appliquer aux sûretés grevant des titres non intermédiés, que ces titres soient représentés par des certificats ou soient dématérialisés.

g) Loi applicable

34. Pour les titres représentés par des certificats, la règle de conflit de lois recommandée dans le *Guide* pour les biens meubles corporels pourrait s'appliquer (la loi de l'État dans lequel les titres sont situés s'appliquera; voir recommandation 203). Pour les titres dématérialisés, la loi de l'État où se trouve l'émetteur pourrait s'appliquer.

h) Coordination avec d'autres règles de droit

35. Un supplément consacré aux sûretés sur les titres non intermédiés devrait être coordonné avec d'autres règles de droit qui régissent la conservation et le transfert de titres, ainsi que les sûretés sur titres. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, pour éviter tout chevauchement avec les règles gouvernant les sûretés sur titres intermédiés, telles que les Conventions d'UNIDROIT et de La Haye, il faudrait exclure les sûretés sur les titres intermédiés (et peut-être les sûretés grevant des titres négociés sur les marchés). Pour éviter en outre tout chevauchement avec les travaux futurs d'UNIDROIT sur un commentaire et un guide pour l'incorporation ("accession kit") devant accompagner sa Convention, ainsi qu'avec ses travaux futurs sur les marchés financiers qui pourraient traiter des questions que la Convention renvoie au droit national, le supplément devrait s'abstenir d'aborder ces questions.

36. Parallèlement, toutefois, le commentaire et le guide pour l'incorporation devant être élaborés par UNIDROIT ne devraient pas formuler de recommandations sur les questions renvoyées au droit national qui soient incompatibles avec les recommandations du *Guide*. Par exemple, il n'y a aucune raison que les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* concernant la constitution d'une sûreté sur un bien meuble ne s'appliquent pas à la constitution d'une sûreté sur des titres intermédiés. Il n'y a aucune raison non plus que les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* concernant l'opposabilité d'une sûreté sur un bien meuble par inscription d'un avis au registre général des sûretés ne s'appliquent pas à une sûreté sur des titres intermédiés.

37. Le supplément devra peut-être aussi traiter les questions liées à la détermination de la loi applicable à une sûreté sur des titres non intermédiés qui deviennent intermédiés. Par exemple, il devrait examiner l'impact d'un tel changement sur une sûreté rendue opposable par inscription et, en particulier, la question de savoir si la sûreté devrait rester opposable pendant un court laps de temps. De même, le supplément devrait examiner quelle loi s'applique à une sûreté sur des titres intermédiés qui deviennent non intermédiés.

i) **Forme et structure des travaux**

38. La Commission souhaitera peut-être laisser au Groupe de travail le soin de déterminer la forme et la structure que prendraient des travaux sur les titres non intermédiés. Elle notera peut-être néanmoins que ces travaux futurs pourraient prendre la forme d'un supplément au *Guide*. Tout comme le supplément consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, le nouveau supplément pourrait contenir des commentaires et des recommandations spéciaux qui viendraient modifier les commentaires et les recommandations généraux du *Guide*. Ce nouveau supplément pourrait suivre la structure du *Guide*, à savoir traiter les questions suivantes: objectifs principaux, terminologie, constitution, opposabilité, système de registre, priorité, droits et obligations des parties, droits et obligations des tiers débiteurs, réalisation, financement d'acquisitions, loi applicable, transition et insolvabilité.

4. **Conclusions**

39. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il convient de confier à présent au Groupe de travail VI l'élaboration d'un texte (par exemple, un supplément au *Guide*) sur les sûretés réelles mobilières grevant des titres non intermédiés. Ce supplément aurait principalement pour objet de compléter les travaux de la Commission sur le *Guide*, en comblant une lacune essentielle de ce dernier, qui ne traite pas d'un type de biens dont le rôle importe plus pour les opérations de financement commercial que pour les opérations sur les marchés financiers. Il n'empiéterait pas sur la Convention d'UNIDROIT, car il aborderait des questions qui sortent du champ de cette dernière ou qui n'y sont pas traitées.

40. Ce supplément pourrait au contraire étayer la Convention d'UNIDROIT en offrant aux États un régime complet et coordonné sur les opérations garanties, comme le fait déjà le *Guide* avec la Convention du Cap et ses Protocoles, la Convention de La Haye sur les titres, les conventions sur la propriété intellectuelle et la Convention sur les créances (voir recommandation 4 du *Guide*). La Commission souhaitera peut-être noter que le *Guide* vient étayer, par exemple, la Convention sur les créances car il en reprend les principes et en complète le régime en traitant de questions que cette Convention renvoie à d'autres règles de droit. Les États pourraient ainsi à la fois incorporer les recommandations du *Guide* dans leur droit interne et adopter la Convention sur les créances.

41. Le supplément n'interférerait pas avec les travaux d'UNIDROIT sur le commentaire et le guide pour l'incorporation devant accompagner sa Convention sur les titres, du moins s'il ne traite pas du tout des questions liées aux titres intermédiés. S'il devait aborder ces questions, la Commission souhaitera peut-être donner pour instruction au Groupe de travail de les traiter en conformité à la fois avec la Convention d'UNIDROIT et avec le *Guide*. Le supplément n'interférerait pas non plus avec les travaux qu'UNIDROIT entreprendrait sur les marchés financiers, car les titres non intermédiés ne sont normalement pas affectés en garantie de crédits dans les opérations réalisées sur ces marchés.

42. La Commission pourrait aussi envisager d'attribuer à ce sujet un degré de priorité moins élevé, ce qui lui permettrait d'achever ses travaux sur l'un des autres thèmes pouvant être jugé plus prioritaire. UNIDROIT aurait ainsi le temps d'achever ses travaux sur le commentaire et le guide pour l'incorporation et

d'avancer dans ses travaux sur les marchés financiers. À cet égard, la Commission voudra peut-être noter qu'UNIDROIT a déjà élaboré la Convention sur les titres et qu'il connaît parfaitement les questions liées aux titres. Si elle souhaitait attribuer un degré de priorité moins élevé à ce sujet, elle pourrait prier le Secrétariat de travailler en coordination avec UNIDROIT pour que les recommandations susceptibles d'être formulées par ce dernier dans ces futurs instruments (le commentaire et le guide pour l'incorporation ainsi que tout texte sur les marchés financiers) concernant les sûretés sur les titres soient dans toute la mesure possible compatibles avec les recommandations du *Guide*.

43. Par exemple, il n'y a aucune raison pour que les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* concernant la constitution d'une sûreté sur un bien meuble ne s'appliquent pas à la constitution d'une sûreté sur des titres intermédiés. Il n'y a aucune raison non plus pour que les règles générales de la loi recommandée dans le *Guide* concernant l'opposabilité d'une sûreté sur un bien meuble par inscription d'un avis au registre général des sûretés ne s'appliquent pas à une sûreté sur des titres intermédiés. Il faudra peut-être dans ce cas recommander une règle pour déterminer la priorité d'une sûreté sur des titres intermédiés rendue opposable par inscription en compte conformément à la Convention d'UNIDROIT par rapport à une sûreté sur les mêmes titres rendue opposable par inscription d'un avis dans un registre général des sûretés conformément au droit non conventionnel (par exemple la loi recommandée dans le *Guide*).

B. Inscription des sûretés réelles mobilières

1. Introduction

44. Un élément essentiel de la loi recommandée dans le *Guide* est l'instauration d'un système de registre accessible au public (voir clause relative à l'objet des recommandations du chapitre III). L'inscription offre, à ceux qui ont affaire à des biens dont une autre personne a la possession ou le contrôle, une source transparente et objective d'informations leur permettant de savoir si ces biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière. L'inscription constitue également pour les créanciers garantis un mécanisme efficace permettant d'assurer l'opposabilité de leur sûreté et d'en établir la priorité par rapport à certains réclameurs concurrents (voir clause relative à l'objet des recommandations du chapitre IV).

45. Le chapitre IV du *Guide* contient un commentaire et des recommandations sur les aspects juridiques et fonctionnels d'un registre général des sûretés. Toutefois, comme les autres chapitres du *Guide*, il n'est pas autonome et doit être lu conjointement avec ces autres chapitres. En conséquence, pour comprendre les règles et les effets juridiques de l'inscription, le lecteur doit se reporter au chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté et au chapitre V sur sa priorité. De même, afin de déterminer la portée opérationnelle et territoriale du registre, le lecteur doit consulter les différentes parties du *Guide* qui traitent du concept de sûreté réelle mobilière et le chapitre X sur le conflit de lois.

46. Le *Guide* ne traite pas de la multitude des aspects administratifs, fonctionnels, techniques et infrastructurels qu'un État adoptant une loi sur les opérations garanties inspirée des recommandations du *Guide* devrait examiner pour mettre en place un système de registre efficace et économique. Faute d'orientation sur ces aspects,

l'expérience montre que les États risquent d'investir énormément d'argent et de temps pour n'aboutir qu'à un système défaillant, inutilement compliqué et opaque, qui ne répond pas aux intérêts des utilisateurs – qu'il s'agisse des milieux d'affaires ou des milieux juridiques. Compte tenu du rôle central que le registre joue dans le cadre général du droit des opérations garanties, toute tentative de réforme par un État s'en trouvera finalement compromise.

47. Reconnaissant que des orientations concrètes sur les systèmes de registre contribuent dans une large mesure au succès général de la réforme du droit des opérations garanties, certaines organisations qui ont élaboré des lois types sur les opérations garanties ont également mis au point des principes, des lignes directrices ou des règles pour l'inscription des sûretés. Par exemple, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), à l'origine de la Loi type sur les sûretés⁷, a élaboré des Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles⁸. De même, l'Organisation des États américains (OEA), qui a rédigé la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières⁹, a mis au point le Règlement type sur l'enregistrement en vertu de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières¹⁰.

48. D'autres organisations encore qui s'occupent de réforme du droit des opérations garanties ont formulé des règles détaillées sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Par exemple, la Banque asiatique de développement a élaboré un Guide sur les registres de biens meubles¹¹. De plus, des organisations ou des États qui adoptent des règles modernes en matière d'opérations garanties placent l'établissement et le développement d'un registre général des sûretés au cœur de leur réforme. Ainsi, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)¹² et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)¹³ contiennent des règles détaillées sur un système de registre international très semblable à celui recommandé dans le *Guide*. Enfin, le livre IX du projet de cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen¹⁴ comporte des règles détaillées sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, qui ressemblent dans une large mesure à celles recommandées dans le *Guide*.

2. Opportunité

49. Ainsi qu'il est indiqué plus haut, si le chapitre IV du *Guide* contient un précieux commentaire sur le système de registre prévu par ce dernier, le lecteur doit, pour saisir l'importance juridique de l'inscription, comprendre le *Guide* dans tous ses détails. C'est pourquoi un texte qui présenterait les aspects juridiques de

⁷ <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf>.

⁸ <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/pledge/core.htm>.

⁹ <http://www.oas.org/consejo/fr/cajp/Documentos/ce00231f07.doc>.

¹⁰ http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/3rdSecTrans/John_Wilson_MR.pdf.

¹¹ http://www.adb.org/documents/reports/movables_registries/default.asp.

¹² <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

¹³ <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm#NR2>.

¹⁴ C. v. Bar et E. Clive (sous la direction de), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, vol. 6 (2009) p. 5389 à 5667.

l'inscription dans un résumé cohérent, rédigé en termes simples, serait d'une grande utilité aux personnes chargées de mettre en place le registre qui ne sont pas nécessairement des spécialistes du droit des opérations garanties mais qui, afin d'accomplir leur tâche, ont besoin d'un minimum de connaissances sur le cadre juridique général dans lequel le registre est censé fonctionner. Ainsi qu'il est également mentionné plus haut, ce texte permettrait en outre de donner des orientations détaillées sur l'ensemble des questions juridiques, pratiques et fonctionnelles qui doivent être traitées lors de la mise en place d'un système de registre mais que le chapitre IV n'aborde pas de manière suffisamment détaillée ou pas du tout. Face à l'importance capitale que revêt le registre pour le succès global de la réforme du droit des opérations garanties, il serait souhaitable d'élaborer un texte sur l'inscription qui compléterait dans une large mesure le chapitre IV du *Guide*.

50. Dans de nombreux États, le modèle de registre le plus couramment utilisé pour les droits réels est le registre foncier, dont l'objet et la structure diffèrent considérablement de ceux du modèle de registre fondé sur l'inscription d'avis qui est recommandé dans le *Guide* pour les sûretés réelles mobilières. Il s'ensuit que, faute d'orientations plus précises sur la fonction et la structure du registre, les caractéristiques et les procédures du registre foncier risquent d'être reproduites inutilement dans le système de registre des sûretés réelles mobilières, ce qui entraînera une perte d'efficacité de ce dernier. Par exemple, dans un tel système, le rôle du personnel du registre diffère considérablement, en ce qu'il ne remplit pas une fonction de "gardien", comme dans un système de propriété foncière, mais joue pour l'essentiel un simple rôle d'administrateur pour faciliter l'inscription et la recherche sans intervention officielle. Par ailleurs, le modèle de registre fondé sur l'inscription d'avis, contrairement à la plupart des registres fonciers, permet aisément d'exploiter au maximum les techniques électroniques et un guide sur le registre pourrait donner des orientations détaillées dans ce domaine.

51. De plus, même si un État adopte une loi des opérations garanties fondée sur les recommandations du *Guide*, il lui faudra encore régler un certain nombre de questions fonctionnelles et juridiques, qui ne sont normalement pas abordées dans cette loi mais plutôt dans des règlements ou directives administratives – normes de rang inférieur – sur l'inscription. Faute d'orientations en la matière, la réforme du droit des opérations garanties ne pourra être opérée efficacement. C'est pourquoi un texte sur l'inscription, qui comprendrait par exemple des principes, des lignes directrices et des règles sur le processus d'inscription et de recherche, viendrait utilement compléter les travaux de la Commission sur les opérations garanties. On pourrait raisonnablement s'attendre à ce que les États, avec un système d'opérations garanties aussi complet, jugent plus facile d'adopter une loi fondée sur les recommandations du *Guide* et de le faire d'une manière coordonnée et cohérente qui leur permettrait d'appliquer efficacement cette loi. Enfin, un texte sur l'inscription constituerait également une référence précieuse pour les programmes d'enseignement pratique et pour les programmes de formation destinés aux administrateurs et aux personnels des registres, ainsi qu'aux utilisateurs – parties octroyant des financements, entreprises, juristes et autres – du système de registre.

3. Faisabilité

52. Le travail accompli jusqu'ici par la Commission et les autres organisations mentionnées ci-dessus montre clairement que la Commission pourrait probablement élaborer avec succès un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières dans un délai raisonnable. Lorsqu'elle déterminera la faisabilité de ce projet, elle souhaitera peut-être aussi prendre en considération les questions suivantes, qui devraient être traitées dans le cadre du projet.

a) Objectifs de l'inscription

53. Un texte sur l'inscription pourrait examiner les objectifs de l'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière dans un registre général des sûretés, en se fondant sur les différents chapitres du *Guide*.

b) Formulaire d'inscription

54. Un texte sur l'inscription pourrait examiner, de manière assez détaillée, les éléments minimums devant être obligatoirement consignés dans l'avis inscrit, ainsi que tout élément facultatif supplémentaire pouvant y figurer. À cet égard, il pourrait se fonder sur le commentaire du *Guide* et le développer, par exemple, en donnant des exemples de formulaires d'inscription.

c) Processus d'inscription et de recherche

55. Un texte sur l'inscription pourrait examiner des questions liées au processus d'inscription et de recherche, notamment: a) la question de savoir si l'avis doit être présenté sur papier ou électroniquement ou si les deux formes devraient être autorisées; b) la question de savoir si une personne effectuant une recherche devrait soumettre sa requête sur papier ou sous forme électronique ou si les deux possibilités devraient lui être offertes; c) la manière appropriée d'identifier le constituant, étant donné que l'élément utilisé pour identifier ce dernier est le principal critère d'inscription et de recherche; d) la manière appropriée de décrire le bien grevé, en particulier du fait qu'il pourrait s'agir d'un critère supplémentaire d'inscription et de recherche pour certains types d'opérations; et e) les modes d'accès au registre aux fins d'inscription et de recherche. Bien que le *Guide* aborde déjà bon nombre, si ce n'est la totalité, de ces questions, un texte sur l'inscription pourrait les développer davantage, en donnant des exemples plus précis et détaillés et en fournissant des modèles de réglementation ou de directives administratives.

d) Efficacité de l'inscription

56. Un texte sur l'inscription pourrait examiner les questions relatives à l'efficacité juridique d'une inscription et le lien entre ces questions et la conception technique du système de registre. Il pourrait examiner notamment: a) la question de savoir si une inscription anticipée devrait être possible et comment elle devrait être effectuée; b) la question de savoir si une inscription unique pour des conventions constitutives successives devrait être possible et comment elle devrait être effectuée; c) la question de savoir à quel moment l'inscription prend juridiquement effet, compte tenu de la manière dont les inscriptions sont présentées puis traitées par le système; d) l'effet juridique des modifications et radiations non autorisées et les procédures techniques et administratives nécessaires pour traiter les conséquences et

rétablir les inscriptions; e) la question de savoir ce qui constitue une description suffisante du bien grevé et quels sont les effets des erreurs ou omissions dans les informations enregistrées. Là encore, le *Guide* traite bon nombre, si ce n'est la totalité, de ces questions mais un texte sur l'inscription pourrait les développer utilement.

e) Administration du registre

57. Un texte sur l'inscription pourrait examiner les questions relatives à l'administration et au fonctionnement du registre, notamment: a) le financement des coûts de création et d'exploitation du registre; b) le rôle potentiel des opérateurs privés dans l'administration et l'exploitation du registre; c) le rôle de l'État dans la création et la supervision du registre; d) la responsabilité du registre; e) la sécurité des fichiers du registre (le texte pourrait également aborder les problèmes d'inscriptions et de radiations frauduleuses ou fausses ainsi que le risque de corruption dans l'exploitation du registre); et f) le juste équilibre à trouver entre, d'une part, l'efficacité du fonctionnement et, d'autre part, la fiabilité et la sécurité des données du registre. Là encore, certaines de ces questions sont déjà abordées dans le *Guide* mais un texte sur l'inscription fournirait des orientations plus détaillées et couvrirait des questions supplémentaires.

f) Portée opérationnelle du registre

58. Un texte sur l'inscription pourrait aborder les questions liées à la portée opérationnelle du registre, notamment: a) les types d'opérations visées; b) l'exclusion des mécanismes de sûreté reposant sur le gage avec dépossession; c) le principe de la "primauté du fond sur la forme" pour caractériser les sûretés réelles mobilières; d) le traitement des mécanismes de financement d'acquisitions (par exemple ventes sous réserve de propriété, crédits-bails et équivalents fonctionnels de ces opérations); e) le traitement des vrais baux de longue durée, des cessions de créances, des dépôts-ventes, des sûretés judiciaires et des sûretés légales; et f) la coordination avec les registres spécialisés (par exemple, les registres de biens immeubles, de navires, d'aéronefs et de la propriété intellectuelle). Le *Guide* traite la plupart, si ce n'est la totalité, de ces questions mais un texte sur l'inscription pourrait utilement développer celles-ci.

g) Portée territoriale du registre

59. Un texte sur l'inscription pourrait examiner les questions relatives à la portée territoriale du registre, notamment: a) le contexte dans lequel des questions de conflit de lois en matière d'inscription pourraient se poser; b) les questions de conflit de lois concernant l'inscription de sûretés sur des biens meubles corporels; et c) les questions de conflit de lois concernant les sûretés sur des biens meubles incorporels. Bien que le *Guide* aborde déjà la plupart, si ce n'est la totalité, de ces questions dans le contexte du conflit de lois en général, un texte sur l'inscription examinerait plus précisément comment ces règles s'appliquent aux questions d'inscription, en particulier, et à la conception du registre.

h) Questions supplémentaires

60. Il serait utile d'aborder, dans un texte sur l'inscription, des questions supplémentaires, notamment des questions techniques liées à la conception et au

fonctionnement du registre, à savoir par exemple: a) l'architecture informatique; b) la formation du personnel; c) l'information et la publicité destinées aux clients du registre et au public en général; d) la collecte et la diffusion des données après mise en place; et e) la nécessité d'intégrer des capacités de recherche-développement pour pouvoir répondre aux évolutions.

i) Forme et structure des travaux

61. La Commission souhaitera peut-être laisser au Groupe de travail le soin de déterminer la forme et la structure que prendraient des travaux futurs sur l'inscription. Elle voudra peut-être néanmoins considérer que ces travaux pourraient prendre la forme d'un guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières. Un tel guide, qu'il serait raisonnablement possible d'élaborer, pourrait répondre au besoin mis en évidence plus haut et apporter une valeur ajoutée au *Guide* sur les opérations garanties. La Commission souhaitera peut-être aussi noter qu'un tel guide, en tenant compte des travaux déjà réalisés par d'autres organisations internationales et par des États ayant mis en place un registre semblable à celui prévu par le *Guide*, permettrait d'élaborer des standards internationaux minimums pour les procédures d'inscription et de recherche ainsi que pour la conception, l'administration et l'exploitation des registres, et contribuerait ainsi à harmoniser davantage les régimes d'opérations garanties au niveau international.

62. En ce qui concerne sa structure, le guide pourrait comprendre un commentaire qui serait accompagné de recommandations ou de lignes directrices sur les questions mentionnées plus haut. Le texte pourrait être accompagné d'un glossaire qui définirait les termes juridiques et techniques relatifs au registre, d'une liste récapitulative des questions et différentes étapes liées à la mise en place d'un registre et d'une bibliographie énumérant d'autres ressources.

63. Un tel guide pourrait en outre comprendre des modèles de réglementation ou de règles administratives, accompagnés d'un commentaire expliquant les choix de principe et les conséquences. À cet égard, la Commission voudra peut-être noter qu'un seul modèle de réglementation (pour tous les cas de figure) ne sera probablement pas suffisant. Il faudra peut-être fournir différents modèles pour tenir dûment compte des divers modes de mise en place du registre et des différents choix de principe réalisés par les États à propos des questions mentionnées plus haut. Par exemple, ces modèles devraient tenir compte, pour chaque État, de l'existence d'autres registres pour des types particuliers de biens grevés (par exemple des brevets) et de la relation entre le registre des sûretés réelles mobilières et ces autres registres. De plus, si le critère fondamental d'inscription, à savoir l'élément identifiant le constituant, représente un aspect central du registre pour tous les États, il est fort probable toutefois que le ou les éléments particuliers qui seront utilisés pour cette identification (par exemple, le nom ou un numéro d'identification délivré par les autorités) et les types de biens susceptibles de faire l'objet d'une inscription supplémentaire par numéro de série, varieront d'un État à l'autre.

64. Il se peut aussi très bien que la répartition des règles juridiques relatives au registre entre la loi sur les opérations garanties et les règlements ou règles administratives – normes de rang inférieur – diffère d'un État à l'autre. La difficulté de modifier la loi principale dans certains États pourrait conduire à traiter la plupart, voire la totalité, des questions juridiques liées au registre dans les règlements, qu'il

est peut-être plus aisé de modifier pour répondre aux changements. D'autres États, préoccupés par le risque de changements trop fréquents ou inappropriés de la part des personnes investies du pouvoir de modifier les règles, préféreront peut-être inscrire dans la loi principale du moins les règles les plus importantes. En conséquence, les modèles de réglementation devront être présentés de manière souple pour pouvoir être incorporés soit dans la loi principale soit en tant que directives administratives. Pour leur présentation, il faudra aussi déterminer le meilleur moyen de tenir compte des différents styles juridiques dans les différentes traditions juridiques.

65. Si le guide sur l'inscription et les éventuels modèles de réglementation qui pourraient être élaborés doivent se fonder sur les recommandations du *Guide*, ils ne devront pas nécessairement être présentés sous forme de supplément au *Guide*. Un guide autonome sur l'inscription pourrait être extrêmement utile aux États qui souhaitent améliorer et intégrer leurs registres existants de sûretés réelles mobilières, même si leurs règles de fond diffèrent de la loi recommandée dans le *Guide*.

4. Conclusions

66. L'expérience montre que la réforme du droit des opérations garanties ne peut être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Elle montre également que les États sont souvent contraints d'investir plus d'argent qu'il n'en faudrait pour établir et exploiter un tel registre, faute d'orientations claires sur le processus de mise en place et sur le cadre juridique et fonctionnel de ce registre. En tant que texte général sur les opérations garanties, le *Guide* ne traite pas du tout, ou pas de manière suffisamment détaillée, la multitude de questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui doivent être abordées et réglées pour mettre en place un tel registre avec succès et efficacité.

67. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de charger en priorité le Groupe de travail VI d'élaborer un texte sur l'inscription. Ce texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils ont besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre général des sûretés. Si elle peut confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, la Commission souhaitera peut-être noter qu'un tel texte: a) pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et des modèles de réglementation; et b) pourrait se fonder sur les travaux de la Commission dans le cadre du *Guide* mais également sur les travaux d'autres organisations, comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, l'Organisation des États américains et la Banque asiatique de développement, ainsi que sur les régimes juridiques nationaux qui ont mis en place des systèmes de registre similaires au registre prévu par le *Guide*.

A/CN.9/702/Add.1 (Original: anglais)

Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
II. Thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs (<i>suite</i>)	1-54
C. Sûretés réelles mobilières: une loi type	1-21
1. Introduction	1-2
2. Opportunité	3-7
3. Faisabilité	8-19
4. Conclusions	20-21
D. Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté	22-34
1. Introduction	22-23
2. Opportunité	24-25
3. Faisabilité	26-33
4. Conclusions	34
E. Concession de licences de propriété intellectuelle	35-47
1. Introduction	35-37
2. Opportunité	38-40
3. Faisabilité	41-45
4. Conclusions	46-47
F. Application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties	48-54

II. Thèmes pouvant faire l'objet de travaux futurs (*suite*)
C. Sûretés réelles mobilières: une loi type**1. Introduction**

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le “*Guide*”) est un document substantiel qui comprend un commentaire, portant sur diverses solutions possibles à toutes les questions importantes dont doit traiter une loi sur les opérations garanties, et 242 recommandations législatives détaillées. Il sera accompagné d'un supplément, tout aussi substantiel, sur les sûretés réelles

mobilières grevant des propriétés intellectuelles (le “projet de supplément”). Or, si le *Guide* se caractérise à la fois par la souplesse de son commentaire et la sécurité qu’apportent ses recommandations, il n’est ni une loi type ni une convention. Il laisse donc à chaque État le soin d’élaborer une loi sur les opérations garanties à partir de ses recommandations. Celles-ci sont toutefois formulées de manière si précise qu’elles pourraient prendre la forme d’une loi type si les termes “La loi devrait prévoir que”, figurant au début de chacune d’elles, étaient omis. Une telle loi type pourrait compléter les travaux de la Commission sur les sûretés réelles mobilières. À l’instar du *Guide*, elle conjuguerait souplesse et sécurité, quoique dans des proportions différentes, puisque, de manière générale, une loi type offrirait moins de souplesse mais plus sécurité.

2. La Commission souhaitera peut-être noter qu’il existe déjà plusieurs lois types régionales sur les opérations garanties, telles que: a) la Loi modèle sur les sûretés adoptée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) en 1993¹; b) la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières adoptée par l’Organisation des États américains (OEA) en 2002²; c) l’Acte uniforme portant organisation des sûretés de l’Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)³; et d) le livre IX (sûretés réelles mobilières) du projet de cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen⁴. À ce jour, rien n’a été fait pour élaborer une loi type sur les opérations garanties pouvant s’appliquer à tous les États dans le monde, indépendamment de leur tradition juridique ou de leur stade de développement économique.

2. Opportunité

3. Le *Guide* couvre toutes les questions importantes qu’une loi sur les opérations garanties doit traiter. Cependant, il s’agit d’un document long et complexe, dont la conversion en loi risque de nécessiter du temps et des efforts considérables. Il se peut également qu’un *Guide* n’attire pas autant l’attention des États qu’une loi type. De plus, dans la mesure où les recommandations du *Guide* peuvent être appliquées (ou interprétées) différemment d’un État à un autre, les effets modernisateurs de leur application risquent de varier et, partant, l’effet harmonisateur de s’en trouver limité. Enfin, il se peut que les États à économies en développement ou en transition n’aient pas les ressources ou les connaissances spécialisées nécessaires pour réformer efficacement leur droit dans un domaine aussi complexe que celui des opérations garanties.

4. Il convient en outre de noter qu’une loi type basée sur les recommandations du *Guide* non seulement peut aider les États à appliquer effectivement lesdites recommandations, mais pourrait aussi assurer un maximum de modernisation et d’harmonisation. Plus souple qu’une convention mais moins qu’un guide, une loi type peut présenter le degré idéal de souplesse qui permette aux États de répondre à leurs besoins particuliers. Le travail de conversion des recommandations du *Guide* en loi type est également susceptible d’améliorer et de compléter ces mêmes

¹ <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf>.

² http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm.

³ OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés* (2002) 619.

⁴ C. v. Bar et E. Clive (sous la direction de), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. Vol. 6 (2009), p. 5389 à 5667.

recommandations. Avec une loi type, il est donc plus probable que les États adoptent une législation incorporant les principes du *Guide*.

5. Par ailleurs, comme indiqué précédemment, il n'existe actuellement pas de loi type sur les opérations garanties à l'échelle mondiale. À cela s'ajoute que la plupart des lois types régionales existantes sont dépassées et ont été élaborées avant l'adoption du *Guide*. Le moment est donc peut-être venu d'élaborer une loi type actualisée, qui suive les approches recommandées dans le *Guide*, en vue d'être adoptée au niveau mondial. De manière générale, une loi type sur les opérations garanties élaborée par la Commission compléterait le *Guide* et aiderait par conséquent les États à réformer leurs lois sur les opérations garanties.

6. Cependant, il n'est pas certain que les avantages tirés d'une loi type l'emportent sur les éventuels inconvénients d'un tel projet. L'élaboration d'une loi type peut être un exercice relativement simple si elle implique la conversion des recommandations du *Guide* en dispositions législatives types. En revanche, l'exercice ne sera pas aussi simple si chaque recommandation doit être réexaminée sur le fond. En effet, dans l'éventualité d'un tel réexamen, le projet pourrait prendre énormément de temps et aboutir à un texte qui risque de s'écarter des recommandations du *Guide*.

7. En outre, le fait d'élaborer une loi type à ce stade risque involontairement d'amener les États à reporter l'application des recommandations du *Guide* jusqu'au terme d'une telle entreprise. Il n'est donc pas certain qu'en se lançant maintenant dans l'élaboration d'une loi type, on utilise efficacement les ressources de la Commission. Une loi type pourrait ne pas être nécessaire également pour une autre raison. Dans le droit des opérations garanties, comme dans beaucoup d'autres domaines du droit, le principe d'une "même solution pour tous" ne convient pas forcément. En revanche, la souplesse offerte par le commentaire du *Guide*, à laquelle s'ajoute la sécurité apportée par ses recommandations, peut se révéler le meilleur moyen de moderniser et d'harmoniser les lois sur les opérations garanties. Le degré de succès variable, déjà mentionné précédemment, dont jouissent les diverses lois types régionales élaborées à ce jour montre peut-être aussi qu'une loi type n'est sans doute pas nécessaire au niveau mondial. En tout état de cause, tant que la législation interne est conforme aux recommandations du *Guide*, les États n'ont peut-être pas besoin d'une loi type pour moderniser leur droit des opérations garanties.

3. Faisabilité

8. En vue de déterminer la faisabilité de l'élaboration d'une loi type sur les opérations garanties, la Commission souhaitera peut-être prendre en compte les éléments suivants. L'expérience de la Commission avec le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*⁵, adopté en 2000, et les *Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*⁶, adoptées en 2003, illustre peut-être la possibilité de mener à bien un tel projet dans des délais raisonnables.

9. Comme indiqué précédemment, si l'élaboration d'une loi type consistait à convertir les recommandations du *Guide* en dispositions législatives types, un tel projet pourrait être mené à bonne fin dans des délais raisonnables. Si, en revanche, ce processus devait exiger le réexamen de chacune des questions et approches de principe sur lesquelles un consensus s'était dégagé après de longs et difficiles débats, le projet pourrait alors être très complexe et exiger beaucoup de temps et de ressources. Par conséquent, l'élaboration d'une loi type serait ou ne serait pas réalisable selon le mandat que la Commission confierait au Groupe de travail VI.

10. Même si un tel projet était réalisable, il pourrait néanmoins donner lieu à des situations difficiles comme, par exemple, l'incompatibilité de la loi type avec les recommandations du *Guide*. L'existence de plusieurs lois types régionales sur les opérations garanties et l'absence d'une loi type internationale peuvent être le signe d'un manque de consensus au niveau international en faveur de l'élaboration d'une telle loi. Cette impression peut être renforcée par le fait que tous les textes normatifs internationaux dans le domaine des opérations garanties portent à ce jour sur des biens particuliers et s'abstiennent d'énoncer des règles pour les sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens (c'est le cas de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention sur les créances")⁷, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap)⁸ et ses Protocoles⁹, ainsi que la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009)¹⁰ et la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire)¹¹. Cette situation montre que l'élaboration d'une loi type internationale applicable aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens risque de demeurer impossible dans un avenir proche.

11. Des exemples sont fournis ci-dessous afin d'aider la Commission à déterminer la faisabilité de l'élaboration d'une loi type sur les opérations garanties.

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

<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/pfip/guide/pfip-f.pdf>.

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.11.

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/pfip/model/03-90622_Ebook.pdf.

⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-f.pdf>.

⁸ <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

⁹ Par exemple, <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm#NR2>.

¹⁰ <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/convention.pdf>.

¹¹ http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72.

a) Définitions

12. Une loi type devrait comprendre des définitions (le *Guide* ne comporte qu'une section de terminologie qui se veut indicative et non contraignante). Il peut être très difficile de trouver un consensus sur un ensemble de définitions susceptibles de s'appliquer à tous les systèmes juridiques dans le domaine du droit des biens et du droit des opérations garanties. Par exemple, le *Guide* utilise le terme générique "sûreté réelle mobilière" pour désigner tous les types de sûretés sur des biens meubles, qu'elles soient avec ou sans dépossession. Pour autant qu'il adopte une approche fonctionnelle des opérations garanties, un État qui applique les recommandations du *Guide* peut rester fidèle aux principes de ce dernier même s'il utilise des termes différents (par exemple, gage, hypothèque, transfert fiduciaire d'un meuble, cession d'une créance, droit de réserve de propriété ou droit de crédit-bail). Par conséquent, une loi type peut contenir différentes définitions.

b) Champ d'application

13. Une loi type devrait définir son champ d'application. À supposer qu'elle suive les recommandations du *Guide*, elle s'appliquerait aux sûretés réelles mobilières conventionnelles. Cependant, une loi type peut adopter une approche différente et avoir un champ d'application plus large. Par exemple, elle peut considérer que les sûretés réelles englobent tous les mécanismes juridiques qui confèrent un droit sur des biens faisant exception au principe du gage commun des créanciers et, partant, au principe de l'égalité entre ces derniers. Ainsi, une loi type peut s'appliquer: a) aux sûretés conventionnelles et non conventionnelles; b) aux sûretés sur des biens meubles et immeubles; c) aux sûretés avec dépossession et aux simples droits de préférence; et d) à l'utilisation de la propriété en garantie de l'exécution d'une obligation.

14. En outre, si une loi type suit l'approche du *Guide*, elle devrait traiter de questions qui sont régies par d'autres branches de droit dans de nombreux pays (il s'agit toutefois d'un problème d'approche législative et non d'un problème de champ d'application, car le *Guide* ne prétend nullement que toutes les questions qu'il couvre soient intégrées dans une seule et même loi sur les sûretés réelles mobilières), notamment: a) les cessions pures et simples; b) les baux; c) les mécanismes procéduraux de réalisation; d) les conflits de lois; et e) l'insolvabilité. Il sera peut-être plus aisé d'inclure ces questions dans un *Guide* que dans une loi type. En tout état de cause, qu'un État applique les recommandations du *Guide* ou une loi type, il peut exclure de sa législation des questions figurant dans le *Guide* (et les laisser à d'autres branches de droit) et y inclure des questions exclues du *Guide* (élargissant ainsi le champ d'application de sa législation).

c) Produit

15. Une loi type devrait traiter la question de savoir si une sûreté réelle mobilière sur un bien s'étend automatiquement au produit de ce bien (de même qu'au produit du produit). Si elle suivait l'approche du *Guide*, elle adopterait une notion très large de "produit" ("proceeds"), englobant ce que de nombreux pays nomment les produits finis et les fruits, ainsi que ce qui est reçu de la disposition d'un bien grevé, même si la sûreté subsiste sur le bien se trouvant entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir le terme "produit" dans l'introduction du *Guide*, sect. B).

16. Bien que cette approche ait été adoptée dans les recommandations du *Guide*, il est possible qu'une loi type exige une approche différente. En effet, dans de nombreux pays, il n'existe peut-être pas de concept équivalent au "produit" ou de notion d'extension d'une sûreté réelle mobilière au "produit". Lorsqu'une telle notion de produit existe, elle est parfois limitée aux situations de subrogation réelle, c'est-à-dire aux cas où, par exemple, une hypothèque sur un bien est éteinte car le bien a été vendu et acquis par une autre personne de bonne foi. Dans ce cas, il peut être nécessaire de rédiger deux règles distinctes, l'une pour le produit et l'autre pour les produits finis et les fruits. Les deux règles conduiront au même résultat s'il est convenu de suivre l'approche recommandée dans le *Guide*.

d) Financement d'acquisitions

17. Une loi type devrait également traiter des mécanismes de financement d'acquisitions (prêts pour l'acquisition de biens, ventes avec réserve de propriété et crédits-bails). Si une loi type suit l'approche du *Guide*, elle devrait adopter une approche générique et fonctionnelle du financement d'acquisitions. Cette approche met l'accent sur la nature de l'opération garantie plutôt que sur les parties à l'opération (qu'il s'agisse de vendeurs ou de prêteurs) ou sur le fait de savoir qui est propriétaire du bien concerné. Selon cette approche, qu'il s'agisse d'un achat ou d'un prêt, toute opération garantie par laquelle la propriété est obtenue avec des fonds fournis par un prêteur constitue une opération de financement d'acquisitions. De la même manière, toute opération qui produit des résultats fonctionnellement équivalents (vente avec réserve de propriété ou crédit-bail) est considérée comme une opération de financement d'acquisitions. En outre, l'approche fonctionnelle ne concerne pas uniquement la qualification de l'opération. Tous les fournisseurs de crédit, qu'il s'agisse du cocontractant (vendeur, crédit-bailleur ou prêteur) ou d'un tiers (prêteur ou fiduciaire), et toutes les formes de financement d'acquisitions (espèces, crédit ou en nature) relèvent de la notion de financement d'acquisitions. L'importance de la qualification d'une sûreté réelle mobilière en tant que sûreté en garantie du paiement d'une acquisition réside dans la position prioritaire qui revient au créancier finançant l'acquisition. Les recommandations du *Guide* prévoient que la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition devrait se voir octroyer la priorité, y compris sur les droits des titulaires de sûretés non liées à l'acquisition inscrits antérieurement. Lorsque son inscription est soumise à un délai de grâce, une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition primera même les sûretés réelles mobilières rendues opposables antérieurement.

18. Une loi type peut suivre une approche différente étant donné que beaucoup de pays continuent de distinguer entre: a) les droits des vendeurs et des bailleurs qui utilisent la propriété comme un mécanisme de financement d'acquisitions; b) les droits des vendeurs et autres dont les conventions de financement d'acquisitions prennent la forme d'une hypothèque du vendeur, qui équivaut à la propriété; et c) les droits des prêteurs qui obtiennent une sûreté réelle mobilière. Dans chacun de ces cas de propriété-sûreté, une loi type peut établir un régime qui serait légèrement différent de celui recommandé dans le *Guide*. Par exemple, seule la vente avec réserve de propriété peut être soumise à des règles de réalisation semblables à celles prévues dans le régime applicable aux sûretés réelles mobilières. En outre, il faudra peut-être déterminer le rang de priorité du créancier qui finance l'acquisition selon les principes fondamentaux du droit des biens (*nemo dat quod non habet*). Enfin, sauf dans le cas du crédit-bail, un prêteur devra peut-être se faire céder les droits du

vendeur ou du bailleur pour obtenir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

19. Comme dans les deux précédents cas (champ d'application et produit), il y a des différences évidentes dans les techniques législatives. Il est vrai que les approches du *Guide* et celles adoptées actuellement par de nombreux pays dans leur droit diffèrent énormément, notamment eu égard au financement d'acquisitions par des prêteurs. Ces différences peuvent être surmontées, mais la tâche peut être plus aisée dans un guide que dans une loi type.

4. Conclusions

20. La Commission voudra peut-être considérer que le *Guide* est, du moins pour le moment, suffisant car il constitue un instrument normatif riche, détaillé et très élaboré sur le plan pédagogique destiné à aider les États à moderniser leurs lois sur les opérations garanties. Elle estimera peut-être aussi qu'il faudrait ménager un certain temps pour que le *Guide* soit examiné et incorporé dans le droit national avant de décider d'élaborer une loi type. Elle estimera peut-être en outre que, si une loi type sur les opérations garanties peut présenter des avantages certains, à la lumière de l'existence du *Guide*, ces avantages risquent d'être marginaux. Enfin, elle estimera peut-être qu'elle n'obtiendrait ces avantages qu'au prix de beaucoup de temps et d'efforts, alors que ses ressources pourraient être employées de manière plus productive dans d'autres domaines du droit relatif aux opérations garanties.

21. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être décider que la question de l'élaboration d'une loi type sur les opérations garanties restera inscrite à son programme de travaux futurs pour être examinée plus avant à un stade ultérieur, auquel elle pourrait déterminer l'opportunité et la faisabilité d'une telle loi en tenant compte de l'expérience tirée de l'application des recommandations du *Guide*, du projet de supplément et de tout autre texte qu'elle aura élaboré dans le domaine des opérations garanties.

D. Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté

1. Introduction

22. L'autonomie des parties est l'un des principes fondamentaux de la loi recommandée dans le *Guide*. En vertu de ce principe, les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties ou d'une autre loi, déterminer d'un commun accord dans leur convention la façon de répondre à leurs besoins particuliers (voir recommandation 10). Le *Guide* consacre en outre un chapitre (le chapitre VI) aux droits et obligations des parties. Celui-ci présente, de manière indicative plutôt qu'exhaustive, les questions que les parties souhaiteront peut-être traiter dans leur convention et comporte quelques recommandations (voir recommandations 110 à 116).

23. Il se peut toutefois que les parties qui négocient des conventions constitutives complexes aient besoin d'orientations détaillées sur les questions qu'il leur faudrait traiter dans leurs conventions et sur la meilleure façon de les résoudre. C'est pourquoi un texte examinant en détail leurs droits et obligations serait d'une grande

utilité. Ces orientations seraient particulièrement utiles aux parties qui ne peuvent peut-être pas se procurer facilement les services d'un avocat expérimenté ou à celles se trouvant dans des parties du monde où les connaissances spécialisées dans le domaine ne sont pas aisément accessibles, ou du moins ne le sont pas à un coût abordable. Le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*¹², adopté par la Commission en 1987, est un bon exemple de ce type de texte.

2. Opportunité

24. Comme indiqué ci-dessus, le *Guide* comporte un chapitre sur les droits et obligations des parties (voir chapitre VI). Il prévoit en outre que, sauf disposition contraire de la loi sur les opérations garanties ou d'une autre loi, les parties peuvent déterminer d'un commun accord la façon de traiter une question dans leur convention constitutive de sûreté (voir recommandation 10). Les parties à des conventions constitutives complexes peuvent toutefois avoir besoin d'orientations détaillées et complètes sur les questions qu'il leur faudrait traiter dans leurs conventions et sur les meilleures façons de les résoudre. Il est probable que les services d'un avocat connaissant le domaine ne soient pas aussi faciles d'accès ni aussi abordables pour les petites et moyennes entreprises et les consommateurs que pour les grandes entreprises. Cela vaut peut-être aussi pour les parties à des conventions constitutives de sûretés dans les pays en développement ou en transition.

25. Un texte du type envisagé pourrait utilement compléter le *Guide* en ce qu'il fournirait également des informations aux législateurs qui appliquent la loi recommandée dans celui-ci, ainsi qu'aux juges, aux arbitres, aux milieux d'affaires et aux avocats. À titre d'exemple, s'agissant de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, la loi recommandée dans le *Guide* requiert simplement la conclusion d'une convention constitutive entre le constituant et le créancier garanti tout en définissant le contenu minimal et la forme de cette convention (voir recommandations 13 à 15). Un texte détaillé sur les droits et obligations des parties permettrait de dégager les différentes questions à traiter dans une convention constitutive de sûreté et d'illustrer plus précisément la façon de formuler cette dernière, notamment les manières de décrire l'obligation garantie et le bien grevé. Ce texte pourrait traiter, outre les questions de constitution, d'autres questions laissées à l'autonomie des parties par la loi sur les opérations garanties (par exemple, accords de cession de rang, définition de la défaillance et renonciation à des droits dans le contexte de la réalisation; voir recommandations 94 et 133).

3. Faisabilité

26. La Commission souhaitera peut-être tenir compte des éléments suivants pour déterminer la faisabilité de l'élaboration d'un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté.

¹² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V10.
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/construction/lgconstr-f.pdf>.

a) Contenu minimal de la convention constitutive de sûreté

27. Un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté pourrait utilement expliquer que cette convention doit avoir un contenu minimal et illustrer la façon d'exprimer ce contenu, au moyen d'exemples notamment sur la manière: a) d'exprimer la volonté de constituer une sûreté réelle mobilière; b) d'identifier le constituant et le créancier garanti; et c) de décrire l'obligation garantie et le bien grevé.

b) Opposabilité et priorité

28. Un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté pourrait traiter les questions liées à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière qui sont exceptionnellement laissées à l'autonomie des parties (par exemple les questions relatives à la cession de rang).

c) Défaillance et réalisation

29. Un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté pourrait utilement examiner la manière possible de traiter, dans une telle convention, les questions liées à la défaillance et à la réalisation, notamment: a) les faits emportant défaillance; b) la capacité du créancier garanti de réaliser sa sûreté en cas de défaillance; et c) dans la mesure autorisée par la loi sur les opérations garanties et d'autres lois, les droits et voies de droit du constituant et du créancier garanti en cas de défaillance et de réalisation.

d) Loi applicable

30. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent choisir la loi applicable à leurs droits et obligations réciproques (voir recommandation 216). Un texte sur les droits et obligations des parties pourrait utilement examiner la manière pour ces dernières de convenir efficacement de la loi applicable à ces questions.

e) Relation avec d'autres règles de droit

31. Un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté ne remplacerait pas le droit des contrats. Il ne ferait que compléter s'agissant des droits et obligations des parties. Il compléterait également le droit des opérations garanties dans la mesure où celui-ci autorise l'autonomie des parties. En outre, de la même façon que la loi recommandée dans le *Guide* s'efface devant le droit sur la protection des consommateurs, le texte devrait aussi s'effacer devant ce droit.

f) Autres questions

32. Un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté devrait aborder diverses autres questions, peut-être en proposant des exemples de clauses à l'intention du créancier garanti et du constituant. Il s'agirait notamment des questions de savoir: a) si le constituant et l'emprunteur doivent être la même personne; b) si la convention constitutive de sûreté garantit toutes les obligations concernées; c) si la sûreté réelle mobilière est soumise à une quelconque restriction légale; d) si le crédit doit prévoir un échéancier de remboursement clair;

e) s'il existe des droits ou obligations spéciaux (tels que des droits de passage ou droits d'accès à un site); f) s'il existe des obligations spéciales concernant la conservation des biens grevés; g) s'il existe une quelconque obligation de ne pas transférer le bien grevé ou de ne pas le grever d'une autre sûreté réelle mobilière; h) comment le constituant et les autres parties intéressées pourraient être notifiés en cas de défaillance et de réalisation; i) s'il devrait être fait référence à la réalisation extrajudiciaire; et j) s'il devrait y avoir une clause de règlement des différends.

g) Forme et structure des travaux

33. La Commission souhaitera peut-être laisser au Groupe de travail VI le soin de définir la forme et la structure exactes des travaux. Elle notera peut-être toutefois qu'un texte sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté pourrait prendre la forme d'un guide. Ce guide serait principalement destiné aux parties à des conventions constitutives de sûretés. Il viserait essentiellement à aider les parties à négocier et à rédiger ces conventions en identifiant les questions juridiques qu'elles soulèvent, en présentant les réponses possibles à ces questions et, selon qu'il conviendra, en suggérant des solutions que les parties pourraient souhaiter inclure dans leurs conventions. Un guide de ce type serait également utile aux législateurs, juges, arbitres, milieux d'affaires et praticiens.

4. Conclusions

34. Dans la mesure où il préciserait les moyens concrets d'appliquer le principe de l'autonomie des parties et les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté, un texte sur ces droits et obligations pourrait utilement compléter le *Guide*. De plus, comme il permettrait de mieux comprendre les opérations garanties, il favoriserait l'application des recommandations du *Guide*. La Commission considérera peut-être toutefois que l'élaboration d'un texte de ce type ne revêt pas le même degré d'urgence que celle d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières dans des registres généraux de sûretés ou sur les sûretés grevant des valeurs mobilières. La Commission souhaitera donc peut-être que ce thème reste inscrit au programme de ses travaux futurs pour l'examiner plus avant à une prochaine session.

E. Concession de licences de propriété intellectuelle

1. Introduction

35. Le développement économique dépend dans une large mesure de l'innovation qui est protégée par des droits de propriété intellectuelle. Le développement de ces droits exige un investissement substantiel en temps, en efforts et en argent. Les fonds nécessaires peuvent provenir principalement de deux sources. L'une est l'affectation des droits de propriété intellectuelle en garantie d'un crédit, qui fait l'objet du projet de supplément. L'autre source de financement possible est l'exploitation commerciale des propriétés intellectuelles par le propriétaire ou un autre titulaire des droits moyennant la concession de licences ou la conclusion d'autres contrats, ce qui présuppose que les propriétés intellectuelles aient une valeur commerciale.

36. Plusieurs textes sur divers aspects de la concession de licences de propriété intellectuelle émanent de différentes organisations. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), en particulier, a élaboré un certain nombre de textes sur différents aspects de la concession de licences, dont: a) la concession de licences de droit d'auteur; b) la gestion des actifs de propriété intellectuelle; c) la concession de licences dans le cas des petites et moyennes entreprises; et d) la formation, en particulier dans le domaine du transfert de technologie et de la concession de licences. Tous ces textes abordent les aspects économiques, techniques ou d'autres aspects pratiques de la concession de licences de propriété intellectuelle. En revanche, ils ne traitent pas l'ensemble des questions juridiques qui se posent dans ce domaine.

37. De façon générale, la concession de licences de propriété intellectuelle se situe à la croisée du droit de la propriété intellectuelle et du droit des contrats. Or, le droit de la propriété intellectuelle s'intéresse davantage à la reconnaissance et à l'exercice des droits exclusifs de propriété intellectuelle qu'aux aspects contractuels de la concession de licences; et le droit général des contrats s'intéresse davantage à la formation et l'exécution des contrats qu'aux questions propres à la concession de licences. Il semble donc nécessaire d'élaborer un texte qui aborde de manière systématique et complète les questions juridiques qui se posent en matière de concession de licences. Des orientations sur toutes ces questions seraient utiles aux propriétaires de propriétés intellectuelles, aux donneurs et preneurs de licences, ainsi qu'aux parties octroyant des financements et aux professionnels travaillant dans le domaine de la propriété intellectuelle. Elles seraient également utiles aux gouvernements qui envisagent une réforme du droit. Un texte de ce type pourrait s'inspirer des travaux entrepris par différentes organisations, comme l'OMPI, UNIDROIT (Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement)¹³ et la Commission (Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises; la "CVIM")¹⁴.

2. Opportunité

38. Comme il a été noté, la propriété intellectuelle est de plus en plus importante dans les opérations commerciales, qu'elles soient nationales ou internationales. À cela s'ajoute que les différents textes élaborés par les organisations internationales, telles que l'OMPI, donnent des orientations sur les aspects économiques, techniques ou autres aspects pratiques de la concession de licences, sans aborder cependant toutes les questions juridiques qui se posent. Qui plus est, le droit de la propriété intellectuelle régit principalement la reconnaissance et l'exercice des droits de propriété intellectuelle. S'il est important de protéger ces droits, les parties doivent souvent, lorsqu'elles veulent tirer une réelle valeur de leurs propriétés intellectuelles, conclure des contrats commerciaux pour développer ces propriétés et les mettre à la disposition de tiers. Ces pratiques commerciales relèvent du droit commercial traditionnel.

39. Or, de nombreux États ne disposent pas d'un régime juridique spécifique à la concession de licences ou à la conclusion de contrats de propriété intellectuelle en

¹³ <http://www.unidroit.org/french/modellaws/2008leasing/main.htm>.

¹⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.
http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

général. À défaut, ils s'appuient souvent sur les principes généraux du droit des contrats. Le commerce de la propriété intellectuelle, en particulier dans les États en développement et en transition, pourrait augmenter si le droit donnait des orientations sous la forme de règles pour la conclusion de contrats commerciaux qui soient adaptées à la propriété intellectuelle. De plus, dans certains États, les règles des contrats commerciaux conçues pour d'autres types de biens, telles que celles régissant les ventes de biens meubles corporels, sont parfois appliquées à la propriété intellectuelle à défaut d'autres orientations. Cette pratique peut créer des distorsions. Elle explique aussi que les connaissances spécialisées nécessaires pour déroger contractuellement à des lois inappropriées soient un atout majeur, ce qui peut désavantager les petites et moyennes entreprises. En outre, plusieurs instances internationales manifestent un intérêt accru pour des travaux sur les pratiques en matière de contrats de propriété intellectuelle, quoique dans des situations particulières où ne se posent pas l'ensemble des questions juridiques devant être prises en considération. Enfin, dans les pratiques commerciales, de nombreux contrats de propriété intellectuelle portent sur une multiplicité de droits de propriété intellectuelle, comme dans le cas des logiciels auxquels pourraient se rattacher un brevet, des droits d'auteur, une marque et des secrets d'affaires. Une plus grande coordination conduirait donc à de meilleurs résultats et éviterait les conflits d'approche.

40. Compte tenu de ce qui précède, il semblerait qu'un texte sur la concession de licences de propriété intellectuelle abordant de manière exhaustive et systématique toutes les questions juridiques que soulève la concession de telles licences serait utile aux parties qui négocient et rédigent des contrats dans ce domaine, ainsi qu'aux gouvernements souhaitant élaborer une législation pour traiter ces questions.

3. Faisabilité

41. Pour déterminer la faisabilité d'un texte sur la concession de licences de propriété intellectuelle, la Commission souhaitera peut-être tenir compte des différents textes élaborés par d'autres organisations et des éléments suivants.

a) Portée

42. L'élaboration d'un texte sur la concession de licences ne sera possible que si l'on définit sa portée avec soin. Le texte pourrait traiter non seulement de la concession de licences, mais également de la conclusion de contrats de propriété intellectuelle en général (et donc aussi des transferts). Il pourrait également aborder toutes les questions à traiter dans un contrat de propriété intellectuelle. Plus précisément, il pourrait s'appliquer à tous les types de propriété intellectuelle au lieu de faire appel à des règles différentes en fonction du type de propriété intellectuelle (par exemple, brevets, droits d'auteur, marques ou secrets d'affaires) ou du secteur d'activité (par exemple, films, logiciels, mode et produits pharmaceutiques). Il pourrait également se concentrer sur des règles contractuelles communes qui s'appliqueraient à tous les types de propriété intellectuelle et de secteur d'activité plutôt que tenter de définir des règles par type de biens ou de secteur, ce qui pourrait le rendre encore plus complexe.

b) Contenu

43. Un texte sur la concession de licences de propriété intellectuelle pourrait traiter plusieurs questions. Il devrait peut-être par exemple comprendre une définition du terme “licence” et faire la distinction entre les licences exclusives et non exclusives. Le texte pourrait également comporter une disposition sur l’autonomie des parties, en s’inspirant de l’article 6 de la CVIM, et une disposition sur l’interprétation, calquée sur l’article 7 de cette convention. En outre, s’agissant de la formation des accords de licence, il pourrait se référer aux règles générales de formation des contrats et à toute prescription supplémentaire du droit de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, s’agissant des garanties, il pourrait faire référence aux meilleures pratiques dans le domaine de la concession de licences de propriété intellectuelle. Il pourrait aussi comporter une section sur l’exécution, qui examinerait les droits et obligations respectifs des parties (par exemple, l’obligation pour le donneur de licence de “rendre possible l’utilisation” de la licence par le preneur et l’obligation pour ce dernier “de payer ou de s’exécuter pour l’exécution acceptée”). Le texte pourrait également aborder la question des transferts et incorporer des règles généralement applicables (par exemple, règle selon laquelle un transfert devrait être autorisé et permis en vertu du droit de la propriété intellectuelle ou de la règle *nemo dat*). Enfin, le texte pourrait traiter des voies de droit qui s’offrent aux parties, dans le cadre de ses propres dispositions, en cas de contravention au contrat (par exemple, résiliation, exécution en nature et dommages-intérêts), sans interférer avec les voies de droit prévues dans le droit de la propriété intellectuelle.

c) Relation avec d’autres règles de droit

44. Le texte pourrait s’appuyer sur l’approche habituelle du droit commercial qui consiste à reconnaître l’autonomie des parties, en présentant des approches de la concession de licences de propriété intellectuelle qui soient descriptives plutôt que prescriptives et qui visent à faciliter cette activité plutôt qu’à la réglementer. Il aurait pour objet de fournir des règles contractuelles “résiduelles” qui s’appliqueraient lorsqu’elles ne sont pas supplantées par des règles spécifiques du type décrit ci-dessus. Parallèlement, il devrait donner préséance à diverses règles de droit, dont celles du droit de la propriété intellectuelle qui réglementent les conditions et pratiques propres aux accords de licence, du droit des opérations garanties, du droit de la concurrence et du droit sur la protection des consommateurs.

d) Forme et structure des travaux

45. La Commission souhaitera peut-être laisser au Groupe de travail le soin de définir la forme et la structure exactes des travaux. Elle notera peut-être toutefois qu’un texte sur la concession de licences de propriété intellectuelle pourrait prendre la forme d’un guide contractuel, d’un guide législatif, voire d’une loi type. Sa structure pourrait suivre celle de la CVIM et de la Loi type d’UNIDROIT sur la location et la location-financement et comporter, par exemple, les sections suivantes: a) Dispositions générales (définitions, champ d’application, autonomie des parties et interprétation); b) Formation des contrats de propriété intellectuelle; c) Garanties; d) Exécution; e) Transferts; et f) Voies de droit.

4. Conclusions

46. La concession de licences (ou la conclusion de contrats, en général) de propriété intellectuelle est une pratique extrêmement importante qui se situe à la croisée du droit de la propriété intellectuelle et du droit des contrats. Un certain nombre d'organisations, en particulier l'OMPI, ont abordé différents aspects de la concession de licences de propriété intellectuelle. Or, en dépit de l'importance de cette activité, ni les textes existants ni le droit de la propriété intellectuelle en général ou le droit des contrats ne traitent de manière complète et systématique toutes les questions juridiques qui se posent dans le contexte de la concession de licences de propriété intellectuelle.

47. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de confier à un groupe de travail (autre que le Groupe de travail VI, car la concession de licences de propriété intellectuelle n'a pas trait aux opérations garanties) la tâche d'élaborer un texte sur la concession de licences, ou la conclusion de contrats en général, de propriété intellectuelle. Étant donné que ce thème se situe à la croisée du droit commercial et du droit de la propriété intellectuelle, la Commission souhaitera peut-être entreprendre ce projet en étroite coopération avec les organisations œuvrant dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, et en particulier l'OMPI. Une autre possibilité serait qu'elle maintienne ce thème au programme de ses travaux futurs et qu'elle en remette l'examen à une session future. Elle souhaitera peut-être à ce moment-là étudier les moyens appropriés de coordonner efficacement ses activités avec celles des organisations travaillant dans le domaine de la propriété intellectuelle, comme l'OMPI.

F. Application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties

48. La Commission souhaitera peut-être examiner son programme de travaux futurs sur l'application de ses textes relatifs aux opérations garanties. Ces textes sont: a) la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention sur les créances"); b) le *Guide*; et c) le projet de supplément, que la Commission devrait étudier et adopter à sa quarante-troisième session.

49. S'agissant de la Convention sur les créances, la Commission souhaitera peut-être noter qu'elle a été signée par les États-Unis d'Amérique, le Luxembourg et Madagascar, et ratifiée par le Libéria. Elle souhaitera peut-être aussi noter que les États-Unis d'Amérique prennent actuellement des mesures en vue de la ratification de la Convention et recommander de nouveau à tous les États d'envisager d'y devenir parties. Elle pourrait envisager de prier le Secrétariat de redoubler d'efforts pour fournir des informations et une assistance aux États qui souhaitent devenir parties à la Convention sur les créances.

50. La Commission souhaitera peut-être également noter que le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ne traite pas de la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers mais que la Commission européenne envisage de mener une étude sur ce sujet. Elle souhaitera peut-être prier le Secrétariat de continuer à coordonner ses activités avec celles de la Commission européenne en vue d'éviter tout conflit entre la Convention sur les

créances et tout texte élaboré par la Commission européenne sur la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers (voir également A/CN.9/707, par. 34).

51. S'agissant du *Guide*, la Commission souhaitera peut-être noter qu'il a déjà influencé la récente réforme du droit des opérations garanties en Australie et en République de Corée, ainsi que le livre IX (sûretés réelles mobilières) du projet de cadre commun de référence des principes, définitions et règles modèles du droit privé européen. Elle souhaitera peut-être également noter que le *Guide* constitue un précieux outil de référence car il examine toutes les questions devant être traitées dans une loi sur les opérations garanties, explique toutes les approches possibles en présentant leurs avantages et leurs inconvénients et formule des recommandations à l'intention du législateur.

52. La Commission souhaitera peut-être également noter que le *Guide* constitue un outil de référence utile non seulement aux États, mais également aux organisations qui fournissent une assistance en matière de réforme du droit des opérations garanties, comme la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (la "Banque mondiale"). À cet égard, elle souhaitera peut-être noter que le Secrétariat a fait part de ses commentaires au Service-conseil pour l'investissement étranger (FIAS) de la Banque mondiale quant à une version révisée de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, pour veiller à sa conformité avec le *Guide*. Dans le même objectif, le Secrétariat de la CNUDCI a également fait part de ses commentaires au FIAS sur le référentiel (Toolkit) de la Banque mondiale consacré aux opérations garanties (voir A/CN.9/707, par. 39).

53. Enfin, s'agissant du projet de supplément au *Guide*, la Commission souhaitera peut-être noter qu'il devrait être très utile aux États car il comble les lacunes laissées par le *Guide* au sujet des sûretés grevant des propriétés intellectuelles.

54. Compte tenu de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être recommander aux États de tenir compte du *Guide* et du projet de supplément lorsqu'ils réviseront ou adopteront leur législation relative aux opérations garanties. Elle souhaitera peut-être aussi prier le Secrétariat de redoubler d'efforts pour fournir des informations et une assistance législative aux États souhaitant appliquer le *Guide* et le projet de supplément (voir A/CN.9/695, par. 24).

**C. Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne
des différends dans les opérations de commerce
électronique internationales
(A/CN.9/706)**

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-7
II. Commerce électronique et initiatives adoptées en matière de règlement en ligne des différends	8-30
A. La technologie et son impact sur les transactions entre entreprises et entre entreprises et consommateurs	8-13
B. Initiatives prises sur le plan juridique concernant le règlement en ligne des différends	14-30
1. Instruments adoptés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)	14
2. Initiatives prises par des organisations intergouvernementales régionales ..	15-23
3. Exemples d'initiatives nationales	24-26
4. Exemples d'initiatives d'organisations non gouvernementales et du secteur privé	27-30
III. Aspects pratiques de l'établissement d'un système mondial de règlement en ligne des différends	31-49
1. Différends transfrontières découlant du commerce électronique et administration de la justice	31-32
2. Règlement en ligne de différends commerciaux et de différends concernant la vente à la consommation	33-43
3. Problèmes liés à la création d'un système mondial de règlement en ligne des différends	44-49
IV. Conclusions	50-52

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les propositions tendant à inscrire à son programme de travail futur la question du règlement en ligne

des différends¹. À cette session, il a été généralement convenu que l'on pourrait entreprendre des travaux plus approfondis pour déterminer si des règles spécifiques étaient nécessaires pour faciliter l'utilisation accrue de mécanismes en ligne de règlement des différends. À cet égard, il a été proposé d'accorder une attention particulière aux moyens de mettre à la disposition aussi bien des consommateurs que des parties commerciales des techniques de règlement des différends telles que l'arbitrage et la conciliation. Il a été largement estimé que le recours croissant au commerce électronique tendait à faire disparaître la distinction entre consommateurs et parties commerciales. On a toutefois rappelé que, dans un certain nombre de pays, le recours à l'arbitrage pour le règlement de différends auxquels les consommateurs étaient parties était limité pour des raisons d'ordre public et qu'il pourrait donc être difficile pour des organisations internationales d'entreprendre un travail d'harmonisation dans ce domaine. À ses trente-quatrième² (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) et trente-cinquième³ (New York, 17-28 juin 2002) sessions, la Commission a décidé de poursuivre, dans ses travaux futurs concernant le commerce électronique, les recherches et les études sur la question du règlement en ligne des différends et que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) coopérerait avec le Groupe de travail IV (Commerce électronique) s'agissant des travaux qui pourraient être entrepris à l'avenir dans ce domaine.

2. À sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001), le Groupe de travail IV (Commerce électronique) a examiné la possibilité de poursuivre les travaux afin de déterminer si des règles spécifiques étaient nécessaires pour répondre à une nécessité accrue de mécanismes en ligne de règlement des différends⁴. De sa quarantième (Vienne, 14-18 octobre 2002) à sa quarante-deuxième (Vienne, 17-21 novembre 2003) sessions, le Groupe de travail a recommandé à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin de déterminer si ces textes répondaient aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne⁵.

3. À sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) a pris note de la suggestion selon laquelle 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 électroniques⁶. En outre, de sa quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004) à sa cinquantième (New York, 9-13 février 2009) sessions, le Groupe de travail a pris note de la possibilité d'inscrire à son futur programme de travail les questions soulevées par le règlement en ligne des différends⁷.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 385.

² *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 287 et 311.

³ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 180 et 205.

⁴ A/CN.9/484, par. 9.

⁵ A/CN.9/484, par. 134; A/CN.9/527, par. 3; et A/CN.9/546, par. 3.

⁶ A/CN.9/468, par. 113.

⁷ A/CN.9/569, par. 80; A/CN.9/573, par. 100; A/CN.9/592, par. 90; A/CN.9/614, par. 5; A/CN.9/641, par. 5; A/CN.9/665, par. 5; et A/CN.9/669, par. 5.

4. De sa trente-neuvième (New York, 19 juin-7 juillet 2006) à sa quarante et unième (New York, 16 juin-3 juillet 2008) sessions, la Commission a pris note des suggestions tendant à ce que la question du règlement en ligne des différends soit maintenue sur la liste des questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs⁸.

5. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a examiné son programme de travail futur dans le domaine du commerce électronique. À cette session, elle était saisie d'une proposition des États-Unis d'Amérique concernant le règlement en ligne des différends intitulée "Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique" (A/CN.9/681/Add.2). Dans cette proposition, il était recommandé de réaliser une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le sujet du règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales⁹. Il était recommandé en outre que l'étude porte sur les types de différends relatifs au commerce électronique qui pourraient être réglés au moyen de mécanismes en ligne, l'opportunité de rédiger des règles de procédure concernant le règlement en ligne des différends, la possibilité ou l'opportunité d'avoir une base de données unique des prestataires certifiés de services de règlement en ligne des différends et la question de l'exécution des sentences rendues par des mécanismes de règlement en ligne des différends dans le contexte des conventions internationales pertinentes¹⁰. La Commission a reconnu l'importance des propositions relatives aux travaux futurs sur le règlement en ligne des différends en vue de promouvoir le commerce électronique, pour les raisons indiquées dans la proposition qui lui avait été soumise¹¹. Il a été proposé que des études plus poussées identifient les différents groupes intéressés par d'éventuelles normes futures, y compris les consommateurs. Il a été noté à cet égard que la diversité des règles de protection des consommateurs rendait l'harmonisation dans ce domaine particulièrement difficile. Des vues divergentes ont été exprimées sur l'opportunité d'examiner la question de l'exécution des sentences prononcées dans le cadre d'une procédure arbitrale en ligne. Il a été expliqué que des difficultés pratiques surgissaient du fait que les litiges réglés grâce à ces sentences portaient généralement sur de petits montants, en particulier dans les litiges impliquant des consommateurs, et également en raison du coût de l'exécution des sentences au niveau international en vertu des instruments existants¹². À l'issue de la discussion, la Commission a prié le secrétariat de réaliser des études à partir de la proposition formulée dans le document susmentionné en vue de réexaminer la question à une session ultérieure. Elle l'a également prié d'organiser un colloque sur cette question si ses ressources le lui permettaient¹³.

6. Comme suite à cette demande, le secrétariat a organisé un colloque en coopération avec le Pace Law School Institute of International Commercial Law et la Penn State Dickinson School of Law¹⁴. Les intervenants étaient des experts des

⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 183, 186 et 187; *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 177; et *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 316.

⁹ *Ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338.

¹⁰ A/CN.9/681/Add.2.

¹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 341.

¹² *Ibid.*, par. 342.

¹³ *Ibid.*, par. 343.

¹⁴ Le colloque, intitulé "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce:

différents domaines examinés et les participants des experts renommés des secteurs des secteurs public, privé et associatif et des milieux universitaires de toutes les régions du monde.

7. La présente note contient un résumé des actes du colloque ainsi que des principales questions recensées. La première partie expose l'évolution du commerce électronique au cours des 10 dernières années et rend compte de certaines des initiatives prises aux échelons international, régional et national au sujet du règlement des différends découlant de transactions entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs. La seconde partie esquisse les questions et problèmes que soulèvent les caractéristiques des mécanismes de règlement en ligne des différends et traite de la possibilité de formuler une série de règles de nature à faciliter la création à l'échelle mondiale d'un système viable de règlement en ligne des différends capable de traiter un grand nombre de réclamations portant sur des montants modestes.

II. Commerce électronique et initiatives prises en matière de règlement en ligne des différends

A. La technologie et son impact sur les transactions entre entreprises et entre entreprises et consommateurs

8. Le commerce électronique entre entreprises et entre entreprises et consommateurs s'est développé rapidement au cours des 10 dernières années grâce, essentiellement, à la progression exponentielle de l'Internet, à la facilité croissante d'accès aux services à haut débit et au développement du commerce mobile partout dans le monde.

9. Ce développement du commerce électronique est dû essentiellement, entre autres, au nombre croissant d'utilisateurs de l'Internet. En 2008, un peu plus du cinquième de la population mondiale avait accès à l'Internet, contre une proportion estimée de 2 à 5 % à la fin des années 1990¹⁵. Différents sondages ont également montré que l'Internet est de plus en plus largement accepté comme un moyen d'acheter et de vendre¹⁶. Regrettablement, l'on manque de données concernant l'ampleur du commerce électronique dans de nombreux pays et les données à ce sujet, lorsqu'elles existent, ne sont souvent pas comparables. Les informations publiées par les autorités nationales portaient à penser que le commerce électronique entre entreprises et consommateurs se développe rapidement mais que son rôle demeure relativement réduit, surtout en comparaison du commerce de détail classique et du commerce électronique entre entreprises¹⁷.

10. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a, sur la base du Rapport 2009 sur l'économie de l'information¹⁸,

Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant)" s'est tenu à Vienne, les 29 et 30 mars 2010.

¹⁵ OCDE, "Empowering e-consumers, strengthening consumer protection in the internet economy", 8-12 décembre 2009, DSTI/CP(2009)20/FINAL, par. 13.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ CNUCED, "Rapport 2009 sur l'économie de l'information: Tendances et perspectives en

publié une estimation de la diffusion des principales applications des technologies de l'information et de la communication (TIC) entre 2003 et 2008. Ce rapport relevait qu'il y avait eu dans ce domaine un certain nombre de progrès extrêmement positifs qui reflétaient les immenses possibilités qu'offraient les TIC¹⁹. Il ressort également de l'analyse de la CNUCED que l'un des principaux problèmes de développement consiste aujourd'hui à rétrécir l'écart entre les pays qui ont largement accès aux technologies numériques et à l'informatique et ceux qui n'y ont accès que dans une mesure très limitée, voire pas du tout, et qu'il importait de combler le "fossé numérique" et en particulier le "fossé du haut débit".

11. Analysant le développement des TIC dans le monde entre 1997 et 2008, la CNUCED signalait dans son rapport que le développement de la téléphonie cellulaire avait été beaucoup plus rapide que celui des autres technologies. Au cours des deux ou trois années écoulées, la téléphonie mobile était devenue pour les pays à faible revenu la plus importante des nouvelles technologies et le principal moyen d'accéder plus facilement à l'Internet. Cette tendance paraissait se maintenir²⁰. De nouvelles utilisations apparaissaient tous les jours pour la téléphonie mobile, ce qui avait d'importantes incidences pour le commerce dans les pays en développement. C'est ainsi qu'il était désormais utilisé, par exemple pour procéder à des opérations bancaires ou pour obtenir des informations sur les marchés. Les pays d'Afrique avaient assumé un rôle de pionnier dans le domaine de la "banque mobile" et d'autres types de transactions électroniques réalisables à partir de téléphones cellulaires. En Afrique du Sud, au Kenya, en Tanzanie et en Zambie, notamment, les entreprises et les particuliers pouvaient au moyen de leurs téléphones cellulaires effectuer des paiements et des virements et payer leurs achats sans devoir disposer d'un compte bancaire. Pour les petites entreprises des pays à faible revenu, le téléphone cellulaire est devenu un outil informatique encore plus important que l'ordinateur.

12. L'expansion des réseaux informatiques classiques partout dans le monde ainsi que le développement du commerce mobile ont également permis aux consommateurs d'acheter des biens et des services à l'étranger²¹. Les participants au colloque se sont accordés à reconnaître que les consommateurs commençaient à occuper une place de plus en plus large dans les transactions commerciales internationales.

13. Les participants au colloque ont exprimé l'avis que l'expansion future du commerce électronique entre entreprises et entre entreprises et consommateurs dépendrait pour une large part de la confiance des usagers dans la sécurité des

période de turbulences", octobre 2009, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.II.D.18.

¹⁹ Le nombre d'utilisateurs de l'Internet de par le monde était estimé à 1,4 milliard à la fin de 2008 et à 1,6 milliard en 2009. La Chine venait en première place avec 298 millions d'utilisateurs, suivie par les États-Unis avec 191 millions et le Japon avec 88 millions. En Afrique, le nombre d'utilisateurs n'est que de 53 millions. Si plus de la moitié de la population des pays développés a accès à l'Internet, cette proportion n'est en moyenne que de 15 à 17 % dans les pays en développement.

²⁰ Selon les estimations de l'Union internationale des télécommunications (UIT), le nombre d'abonnés à des services de téléphonie mobile, qui n'était que de 1,4 milliard en 2003, a atteint 4,6 milliards environ à la fin de 2009.

²¹ OCDE, "Conference Report, Empowering e-commerce consumers", 8-10 décembre 2009, DSTI/CP(2009)20/FINAL, par. 6 à 17.

transactions en ligne²². Ils se sont également accordés à considérer que le commerce électronique entre entreprises ainsi qu'entre entreprises et consommateurs ne pourrait continuer de prospérer et de se développer que s'il existait un système permettant de régler en ligne un grand nombre de réclamations portant sur des montants effectivement modestes.

B. Initiatives prises sur le plan juridique concernant le règlement en ligne des différends

1. Instruments adoptés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

14. Au cours des 10 dernières années, le Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE a travaillé surtout sur les questions liées aux différends faisant intervenir les consommateurs, et ce travail a débouché sur l'élaboration en 1999 de lignes directrices sur le commerce électronique²³, sur une table ronde et un rapport (2002)²⁴ sur la protection des titulaires de cartes de paiement, sur les Lignes directrices régissant la protection contre les pratiques transfrontières frauduleuses (2003)²⁵ et, en 2005, sur un atelier et un rapport sur les nouveaux mécanismes de règlement des différends²⁶, qui ont donné lieu à l'élaboration, en 2007 d'une recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation²⁷. Cette recommandation porte sur les mécanismes visant à i) régler les litiges de consommation et à ii) faciliter la réparation du préjudice économique résultant de transactions (en ligne ou non) concernant la vente de biens et de services par une entreprise. Elle identifie les différentes catégories de mécanismes qui devraient être mis à la disposition des consommateurs aux plans national et international pour leur permettre d'agir individuellement (notamment par le biais de règlements alternatifs des litiges et de procédures judiciaires simplifiées pour les litiges de peu d'importance) ou collectivement (notamment par le biais d'actions intentées par un consommateur en son nom et représentant d'autres consommateurs ou intentées par les organismes de protection des consommateurs agissant également en tant que leurs représentants) et d'obtenir une réparation pécuniaire de l'État. En 2009, le Comité de la politique à l'égard des consommateurs a entrepris de revoir les lignes directrices sur le commerce électronique de 1999 afin de les actualiser, ce qui pourra le conduire à revoir également les instruments connexes.

²² Ibid., par. 20.

²³ Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (approuvées par le Conseil de l'OCDE le 9 décembre 1999).

²⁴ Report on Consumer Protections for Payment Cardholders, Études de l'OCDE sur l'économie numérique, n° 64, OCDE, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie (2002).

²⁵ Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses: Recommandation adoptée par le Conseil de l'OCDE le 11 juin 2003.

²⁶ Atelier de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation sur le marché mondial, Washington, 19 et 20 avril 2005. Rapport publié en 2006.

²⁷ Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation adoptée par le Conseil de l'OCDE le 12 juillet 2007. Cette recommandation avait été élaborée par le Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE.

2. Initiatives prises par des organisations intergouvernementales régionales

Union européenne

15. Les participants au colloque ont mentionné qu'en dépit de l'amélioration du cadre juridique résultant de l'adoption de plusieurs directives concernant la protection des consommateurs et le commerce électronique²⁸, les différences qui continuent de caractériser les divers cadres réglementaires nationaux, en particulier les règles relatives à la protection des consommateurs, en vigueur dans l'Union européenne (UE) faisaient que les cybercommerçants, où qu'ils soient établis, dans l'UE ou à l'extérieur, devaient se conformer en matière de protection des consommateurs à des règles nationales qui variaient d'un État membre de l'UE à l'autre. Il a été dit aussi que la Commission européenne tenait une base centrale de données concernant les organes alternatifs de règlement des litiges auxquels devaient s'adresser les consommateurs pour porter plainte, lesquels étaient considérés comme conformes aux Recommandations de la Commission européenne concernant le règlement des litiges²⁹. Selon une étude publiée en décembre 2009 par le Réseau européen de centres de protection du consommateur (ECC-Net)³⁰, il a été déposé environ 12 000 plaintes transfrontières par an au cours des trois dernières années dans le cadre de la structure ECC-NET, mais 500 d'entre elles seulement ont débouché sur un règlement efficace.

16. Plusieurs options pouvant être envisagées en matière de réglementation afin d'encourager le développement du droit européen de la consommation et des contrats, y compris des mécanismes de règlement en ligne des différends, ont été mentionnées. L'une des plus viables, a-t-il été dit, serait un instrument facultatif de règlement des litiges dans le contexte des transactions entre entreprises et consommateurs (appelé le "Bouton bleu"). Ce système n'interviendrait pas automatiquement et la procédure du "Bouton bleu" ne s'appliquerait qu'à la suite d'un accord entre les parties. Par exemple, le vendeur pourrait afficher sur son site Web une icône indiquant que le client (qu'il s'agisse ou non du consommateur final) pourrait, en cliquant sur le "Bouton bleu", rendre applicables à la transaction conclue entre les parties les principes juridiques de fond et de procédure prévus par l'instrument facultatif. Les participants au colloque ont expliqué que l'adoption de cette procédure en ligne faciliterait un règlement rapide et économique des différends sur la base de l'accord intervenu entre les parties et éliminerait ainsi la nécessité de régler des problèmes épineux comme ceux concernant la compétence et le droit applicable.

²⁸ Notamment la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive relative au commerce électronique") (Journal officiel L 178, 17 juillet 2000, p. 1 à 16); Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales frauduleuses dans les marchés intérieurs (Journal officiel L 149, 11 juin 2005, p. 22 à 39); et Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (Journal officiel L 144, 4 juin 1997, p. 19 à 27).

²⁹ Disponible à l'adresse: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

³⁰ ECC-Net est un réseau opérant dans l'ensemble de l'Union européenne qui est coparrainé par la Commission européenne et les États membres de l'Union. Il se compose de 29 centres institués dans chacun des 27 États membres de l'UE ainsi qu'en Islande et en Norvège.

17. Une autre option, qui a été suggérée pour le cas où une procédure de règlement en ligne des différends ne serait pas retenue, consisterait à adopter une procédure accélérée simplifiée du type de celle reflétée dans le Règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

Organisation des États américains (OEA)

18. L'OEA étudie actuellement, dans le cadre de la Conférence interaméricaine spécialisée de droit international privé, plusieurs initiatives de droit international privé concernant la protection des consommateurs. Ces initiatives comprennent notamment une proposition tendant à élaborer une convention interaméricaine relative au droit applicable à certains contrats et aux relations avec les consommateurs ainsi qu'une proposition visant à élaborer une loi type sur la compétence et les règles de conflit de lois en matière de contrats à la consommation. Ces propositions prévoient que les différends découlant du commerce électronique relèvent de la compétence du for du consommateur³¹. Il a été présentée une troisième proposition envisageant un règlement sous l'égide de l'État des litiges découlant de contrats électroniques de vente de biens et de services (proposition ci-après dénommée l'"initiative"). Cette initiative a été décrite et discutée en détail lors du colloque. Il serait créé un système électronique multinational offrant des possibilités de négociation, de règlement assisté et d'arbitrage pour certains types de réclamation découlant de contrats transfrontières à la consommation sur la base d'un accord-cadre et de règles types concertées. Ainsi, le consommateur ou l'acheteur pourrait porter plainte en ligne contre un vendeur enregistré d'un autre État participant. Pendant la phase des négociations, l'acheteur et le vendeur pourraient échanger des informations et des propositions et négocier un règlement qui les lierait l'un et l'autre par des moyens électroniques. S'il s'avérait impossible de parvenir par ce moyen à un règlement à l'amiable, le cas pourrait être soumis à l'arbitrage et un arbitre qualifié en ligne serait désigné par une autorité approuvée par l'État sur le territoire duquel se trouve le vendeur pour étudier l'affaire et soit fournir son assistance pour faciliter un règlement, soit rendre une sentence

³¹ Propositions des États membres à la septième Conférence interaméricaine spécialisée de droit international privé (CIDIP-VII) – Thème I: Protection du consommateur (CP/CAJP – 2652/08 et CP/CAJP – 2652/08 Add.1 à Add.4).

contraignante. La sentence serait rendue par l'arbitre en ligne sur la base des conclusions des parties, et sa décision serait finale et contraignante³².

Union africaine et organisations régionales africaines

19. L'Union africaine a tenu en 2010 une réunion au sommet sur les technologies de l'information, et les participants au colloque ont mentionné qu'une convention relative aux transactions numériques, en cours d'élaboration, devait être adoptée avant 2012.

20. À titre d'exemple de l'importance croissante que revêtait la résolution en ligne des différends, il a été mentionné que la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) avait entrepris, en collaboration avec des institutions associées comme l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et l'Union internationale des télécommunications (UIT), d'élaborer des lignes directrices régionales pour le secteur des TIC, ce qui avait débouché sur l'adoption de six Actes supplémentaires par les chefs d'État lors de leur réunion de janvier 2007, à Ouagadougou³³. Trois autres textes concernant la cyberdélinquance, le commerce électronique et la protection des données personnelles avaient été élaborés avec l'assistance de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA); deux d'entre eux, ceux concernant la cyberdélinquance et la protection des données personnelles, avaient été adoptés par les ministres des TIC de la CEDEAO à Praia (Cap-Vert) en 2008³⁴.

³² L'initiative ferait intervenir plusieurs acteurs, dont les autorités nationales chargées de la protection du consommateur des pays de l'acheteur et du vendeur, les autorités nationales et le mécanisme central de règlement. Les autorités nationales et le mécanisme central de règlement tiendraient une base de données unique des prestataires agréés de services de règlement en ligne des différends pouvant être appelés à jouer le rôle d'arbitre afin de garantir leur indépendance et leur impartialité. Toutes les communications entre les intervenants se feraient sous forme électronique et seraient centralisées par le mécanisme central de règlement. Le processus serait géré par celui-ci, lequel centraliserait les communications échangées entre les parties. Les autorités nationales chargées de la protection du consommateur, les autorités nationales et le mécanisme central de règlement superviseraient les communications entre les parties, examineraient l'efficacité du système et traiteraient des communications en temps réel. Le but de l'initiative est de simplifier les questions d'exécution en stipulant que la résolution en ligne interviendrait dans le pays où se trouve le vendeur. Le vendeur signifierait aux administrateurs nationaux du pays où il opère qu'il entend adhérer au système. Chaque autorité nationale responsable de la protection du consommateur ou autorité nationale du pays où se trouve le vendeur sélectionnerait le prestataire de services de résolution en ligne des litiges et le siège de l'arbitrage, la procédure devant se dérouler dans l'État du vendeur. Si la sentence n'est pas appliquée, son exécution pourrait être ordonnée par l'autorité nationale chargée de la protection du consommateur ou l'administrateur national du pays du vendeur, soit en intervenant directement, soit en sollicitant le concours des réseaux de paiement, soit encore en renvoyant l'affaire aux agences de recouvrement de dettes.

³³ Projet de marché commun de l'ouest africain: Harmonisation des politiques régissant le marché des TIC dans l'espace UEMOA-CEDEAO (Ligne directrice finale) disponible à l'adresse: http://www.itu.int/ITU-D/treg/projects/itu-ec/Ghana/modules/Compil-Guidelines_final.pdf et Acte supplémentaire A/SA.1/01/07 relatif à l'harmonisation des politiques du cadre réglementaire dans le secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC) adopté à la trente et unième session de l'Autorité des chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO, Ouagadougou, 19 janvier 2007, disponible à l'adresse: http://www.ecowas.int/publications/en/acts_add_telecoms/ICT_Policy_ECOWAS_Engl.pdf.

³⁴ Communiqué de presse de la CEDEAO n° 100/2008, "Les Ministres des télécommunications de

21. Il a été mentionné au cours du colloque que le Conseil des Ministres de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) avait décidé lors de la réunion tenue du 17 au 20 décembre 2009 à N'Djamena (Tchad), entre autres, de créer une base de données centrale des registres du commerce et du crédit mobilier et d'adopter des normes relatives à l'échange électronique de données. Il a également été dit lors du colloque que l'OHADA devait examiner la possibilité d'élaborer un projet d'acte uniforme sur les transactions numériques.

Pays de la région du Moyen-Orient

22. Il a été relevé que les lois types élaborées par la Ligue des États arabes³⁵, inspirées des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, avaient été proposées comme lignes directrices aux pays de la région pour régler des questions comme les paiements électroniques, les contrats électroniques (y compris la protection du consommateur) et les questions liées au droit applicable et à la compétence. Il a été mentionné que les États de cette région avaient également adopté des lois inspirées des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et les signatures électroniques, et que le cadre juridique harmonisé existant concernant le commerce électronique constituait une base solide pour le développement du commerce électronique, mais qu'un système mondial de résolution des litiges en ligne faisait défaut.

Communauté des Caraïbes (CARICOM)

23. Les initiatives sur lesquelles travaille actuellement la Communauté des Caraïbes (CARICOM) sont notamment le projet "informatique au service du développement", le projet de loi type sur la protection des consommateurs (2008) et l'élaboration d'une politique type de protection du consommateur dans trois domaines critiques, à savoir le commerce électronique, la sécurité et la consommation rationnelle³⁶. Ces politiques types ont pour but de protéger les consommateurs qui achètent par des moyens électroniques.

3. Exemples d'initiatives nationales

24. Pendant le colloque, les participants ont fourni plusieurs exemples d'initiatives nationales. Ainsi, certains pays avaient créé des organisations chargées d'administrer les noms de domaines et de fournir des services d'arbitrage en ligne pour régler les différends pouvant surgir dans ce domaine. Au Chili, par exemple, le Network Information Center ("NIC Chile") était l'organisation chargée d'administrer les noms de domaines désignés par l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA). NIC Chile offrait une plate-forme électronique aux arbitres et constituait un service d'appui technologique pour l'administration des affaires d'arbitrage. La gestion et l'administration du site Web relevait des arbitres. Grâce à cette plate-forme, les parties pouvaient avoir accès aux dossiers et avaient, grâce à leurs clefs, la possibilité d'utiliser différents mécanismes pour entrer en contact

la CEDEAO adoptent des textes concernant la cyberdélinquance et la protection des données personnelles".

³⁵ Loi type sur les transactions électroniques et Loi type sur le commerce électronique rédigées par la Ligue des États arabes.

³⁶ Des informations concernant le projet ICT 4 Development sont disponibles à l'adresse <http://caricomict4d.org/>.

avec les arbitres et participer au déroulement de la procédure arbitrale. Si un arbitre n'était pas nommé d'un commun accord entre les parties, NIC Chile en désignerait un choisi sur une liste établie à cette fin. L'arbitrage était confidentiel et tel était le cas aussi de tous les éléments de preuve produits et de toutes les communications échangées entre les parties à la procédure. Les participants au colloque ont également mentionné que le Mexique avait créé un mécanisme de règlement en ligne des différends administré par l'État appelé Concilianet³⁷.

25. En Chine, le commerce électronique a été l'un des secteurs dont la croissance a été la plus rapide, le système de résolution en ligne des litiges comportait quatre volets: 1) le Centre de résolution des litiges en ligne de la Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), essentiellement chargée de régler les différends concernant les noms de domaines et les adresses communes et les différends découlant de transactions électroniques³⁸; le Règlement d'arbitrage en ligne de la CIETAC est entré en vigueur le 1^{er} mai 2009 et s'applique aux différends relatifs aux transactions électroniques entre entreprises d'un montant plus important; 2) le Centre de résolution des litiges en ligne institué par le Réseau chinois E-commerce Laws Nets et Beijing Deofar Consulting Ltd., qui offre une plate-forme d'échange d'informations et peut être utilisé pour régler les différends découlant du commerce électronique; 3) le Mécanisme de plaintes interne, qui est le système établi par le prestataire des services Internet spécialisé pour les transactions électroniques et auquel les consommateurs peuvent avoir recours pour porter plainte et régler leurs différends par voie de consultation; et 4) le système de pétitions en ligne, adopté par nombre d'entités à but non lucratif comme la Chambre de commerce électronique chinoise, l'Association pour le commerce électronique de Beijing et l'Association des industries du commerce électronique de Shanghai.

26. Selon une autre approche, les parties peuvent dans certains pays avoir recours aux tribunaux nationaux pour résoudre par voie de médiation leurs différends découlant de transactions sur Internet. En France, par exemple, le "forum des droits sur Internet", entité mise sur pied avec l'assistance des autorités publiques françaises, a signé en 2009 avec la Cour d'appel de Paris un protocole relatif au règlement des différends découlant de transactions sur Internet. Ce protocole s'applique aux différends faisant intervenir des consommateurs et prévoit le recours à la médiation. Les parties peuvent à tout moment renvoyer l'affaire au tribunal de première instance compétent.

4. Exemples d'initiatives d'organisations non gouvernementales et du secteur privé

27. Au cours des 10 dernières années, les organisations non gouvernementales (ONG) et le secteur privé ont mis au point un grand nombre de systèmes et élaboré de nombreuses lignes directrices qui ont facilité le règlement des différends nationaux et transfrontières découlant de transactions en ligne. Il a été mentionné lors du colloque que ces mécanismes donnaient de bons résultats lorsqu'ils étaient fondés sur un cadre de bonne pratique, des codes de conduite types et les normes

³⁷ <http://concilianet.profeco.gob.mx/concilianet/faces/inicio.jsp>.

³⁸ À la fin de 2009, le Centre de résolution des litiges en ligne avait réglé plus de 1 500 affaires en ligne. En 2009 seulement, il avait été saisi de 299 affaires et en avait réglé 308.

élaborées par les organisations internationales comme l'OCDE ou le Global Business Dialogue on e-Society (GBDe)³⁹.

28. Les participants au colloque ont mentionné quelques initiatives importantes, comme l'Accord relatif au règlement des différends intervenus entre Consumers International et GBDe⁴⁰, le lancement du Réseau extrajudiciaire européen⁴¹, l'alliance entre les Better Business Bureaus (BBB)⁴² et Eurochambres Trustmark et e.Consumer.gov, projet entrepris par les membres du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs (RICPC) afin de mettre à la disposition des consommateurs un mécanisme leur permettant de porter plainte au sujet de transactions en ligne et d'autres transactions transfrontières avec des vendeurs étrangers.

29. Le Protocole de règlement des différends entre fabricants et fournisseurs élaboré par l'International Centre for Dispute Resolution ("ICDR", émanation internationale de l'American Arbitration Association ("AAA"))⁴³, a été cité comme exemple de système de règlement en ligne des différends dans le contexte des transactions entre entreprises. La société multinationale General Electric, qui traite avec d'innombrables fournisseurs, avait conçu en coopération avec ICDR un programme de résolution en ligne des litiges entre fabricants et fournisseurs. La difficulté consistait à instituer une procédure permettant de régler équitablement et rapidement un grand nombre de petits litiges entre fournisseurs et fabricants. En 2009, le système est devenu pleinement opérationnel et, en 2010, il a été entrepris une expérience pilote. En bref, le système a été décrit comme fonctionnant comme suit: la procédure de règlement en ligne d'un différend est mise en route par une demande appelée "webFile", suivie par une négociation en ligne; si le différend ne peut être réglé, il est entrepris un processus de résolution en ligne sur la base des documents déjà produits via la demande "webFile". Les litiges sont réglés en ligne par des ingénieurs, lesquels rendent une brève sentence motivée dans les 30 jours suivant la désignation de l'arbitre. Il y a lieu de noter que le protocole établi par ICDR pour la résolution en ligne des litiges entre fabricants et fournisseurs n'est

³⁹ GBDe constitue un réseau international de règlement des plaintes découlant d'achats transfrontières en ligne. L'idée de ce réseau a été proposée lors de la réunion au sommet de GBDe tenue en 2007 à Tokyo. Les participants sont des gouvernements (États-Unis d'Amérique, Japon, Taipei chinois, Malaisie, Viet Nam, Singapour et Thaïlande), des organisations internationales (Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), OCDE), des organisations de consommateurs et des prestataires de services de règlement des différends (des États-Unis d'Amérique, du Japon, du Taipei chinois, de Singapour et de la Corée). GBDe a réglé différentes affaires concernant notamment l'enregistrement de noms de domaines, une société de conciliation fictive et des défauts de livraison.

⁴⁰ Global Business Dialogue on Electronic Commerce, "Alternative Dispute Resolution Guidelines, Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce", novembre 2003, disponible à l'adresse <http://www.gdb-e.org>.

⁴¹ "Document de travail de la Commission relatif à la création d'un réseau extrajudiciaire européen (EEJ-NET)", disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/policy/development/acce_just/acce_just_07_workdoc_en.pdf.

⁴² Les Better Business Bureaus ("BBB") sont des organismes non gouvernementaux privés. Le système regroupe 123 Better Business Bureaus locaux des États-Unis d'Amérique et du Canada. En 2009, le système de BBB a traité près d'un million de plaintes de consommateurs. Il a été signalé en 2009 une augmentation substantielle du nombre de plaintes transfrontières.

⁴³ Disponible à l'adresse <http://www.adr.org>.

plus applicable seulement aux affaires impliquant General Electric mais constitue désormais un mécanisme de caractère général de règlement en ligne des différends entre fabricants et fournisseurs.

30. Il a également été expliqué pendant le colloque que eBay, société ayant une grande expérience des transactions entre entreprises, entre entreprises et consommateurs et entre consommateurs, avait mis au point un centre de résolution des litiges en ligne. Lancé en 1995, eBay a depuis lors procédé à de nombreuses acquisitions, dont le service de paiement PayPal en 2002. La plate-forme eBayPayPal comporte un centre de règlement en ligne des différends auxquels les parties peuvent avoir recours pour essayer de résoudre les problèmes pouvant surgir à l'occasion de leurs transactions. Cette plate-forme est fondée sur un certain nombre de prémices: le système proposé aux parties doit être juste et prévisible, le règlement doit être rapide et les politiques doivent être claires. L'exécution est en l'occurrence la clef du succès. Le remboursement, le cas échéant, doit être effectué par les mêmes moyens de virement d'argent utilisés pour le paiement initial.

III. Aspects pratiques de l'établissement d'un système mondial de règlement en ligne des différends

1. Différends transfrontières découlant du commerce électronique et administration de la justice

31. Les différends pouvant surgir de transactions en ligne sont extrêmement divers et peuvent porter notamment sur un défaut de livraison, une livraison tardive, des informations fausses ou trompeuses sur le prix et les produits, etc.⁴⁴ Les participants au colloque ont souligné que, pour différentes raisons, il était difficile pour les tribunaux de régler de tels différends, notamment en raison du nombre considérable de réclamations portant sur de petits montants, le contraste entre la valeur modeste de la transaction et le coût élevé de la procédure, des problèmes de droit applicable dans les contextes aussi bien du commerce électronique que de la protection des consommateurs et les difficultés liées à l'exécution de jugements étrangers.

32. L'on a fait valoir en outre qu'un problème difficile, dans le contexte des recours formés par des consommateurs en relation avec des transactions transfrontières, tenait à la détermination du for compétent et aux conséquences juridiques de cette détermination. Une approche, qui est celle qu'a suivie l'Union européenne lorsqu'elle a promulgué les Règlements de Bruxelles I et de Rome I, avait consisté à faire admettre la compétence du pays où était établi le consommateur. Cette solution, qui peut être idéale pour les consommateurs, a

⁴⁴ Il ressort des chiffres concernant le nombre de plaintes déposées auprès du Réseau européen de centres de protection du consommateur ("ECC-Net") en 2007 que la moitié des plaintes et différends transfrontières se rapportaient à des achats effectués par Internet. Des problèmes de livraison et le fait que les produits achetés ne donnaient pas satisfaction étaient les principales raisons invoquées, représentant 75 % du nombre total de plaintes. Les mêmes tendances ressortent des informations rassemblées par econsumer.gov, initiative gouvernementale qui permet aux consommateurs de déposer des plaintes concernant les transactions transfrontières, que celles-ci soient effectuées par Internet ou autrement (voir OCDE, "Empowering e-consumers, strengthening consumer protection in the internet economy", 8-12 décembre 2009, par. 20, disponible à l'adresse <http://www.oecd.org>).

soulevé un certain nombre de problèmes pratiques dans son application au plan international, le plus évident étant la difficulté pour le consommateur de faire valoir les recours qui lui étaient ouverts et pour le vendeur de traiter un grand nombre de réclamations émanant d'un grand nombre de pays différents⁴⁵.

2. Règlement en ligne de différends commerciaux et de différends concernant la vente à la consommation

Définition du règlement en ligne des différends

33. Le règlement en ligne est un moyen de règlement des différends par la conciliation ou l'arbitrage qui implique l'utilisation de technologies en ligne pour faciliter la résolution des litiges entre les parties. La résolution en ligne présente des caractéristiques semblables à la conciliation et à l'arbitrage hors ligne, sauf pour ce qui est des outils de gestion de l'information et des communications qui sont utilisés pour la procédure, et peut s'appliquer à tout ou partie de la procédure et avoir aussi un impact sur les méthodes utilisées pour résoudre les différends.

34. Des différends extrêmement divers peuvent être soumis à un mécanisme de règlement en ligne. Si l'application de tels mécanismes n'est pas limitée à des différends découlant de transactions en ligne entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs, c'est dans ce contexte qu'ils se sont développés étant donné qu'il est logique d'utiliser le même support (l'Internet) pour résoudre les litiges découlant du commerce électronique. L'arbitrage en ligne soulève des problèmes juridiques spécifiques découlant des conditions de forme prévues par les législations nationales et les conventions internationales relatives à l'arbitrage.

Observations générales concernant la conciliation

35. L'on entend par conciliation ou médiation la procédure selon laquelle une personne ou un groupe de personnes aide les parties à parvenir à un règlement amiable de leur différend. Dans le contexte des différends commerciaux et des différends à la consommation, la médiation est un filtre important. Les principaux avantages de la conciliation ou de la médiation dans le contexte du règlement en ligne des différends sont sa souplesse, sa rapidité et son coût minime. Il a été souligné lors du colloque que le recours à la médiation pour régler en ligne des différends supposait des règles clairement définies et le respect de principes plus généraux d'accessibilité, de faible coût, de confidentialité, d'impartialité et d'indépendance des conciliateurs. La médiation supposait également l'existence de procédures efficaces d'exécution au plan international.

⁴⁵ Le projet de convention sur les Accords d'édition de for élaborée sous les auspices de la Conférence de La Haye comportait en matière de juridiction compétente une proposition qui aurait suivi le Règlement de Bruxelles I et aurait privé d'effet l'élection de for faite par les parties dans les contrats entre entreprises et consommateurs, à moins que le for sélectionné ait été le pays de destination. Cette disposition a néanmoins suscité des controverses en raison de l'impact négatif qu'elle pourrait avoir sur les vendeurs parties à des transactions électroniques. D'après une analyse approfondie et de longues négociations, le texte final de la Convention a exclu les accords auxquels est partie un consommateur. Voir, d'une façon générale, Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, document préliminaire n° 17 de février 2002, p. 10, disponible à l'adresse http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd17e.pdf.

Observations générales concernant l'arbitrage

36. Une question qui mériterait d'être étudiée plus avant est celle de savoir jusqu'à quel point un arbitrage en ligne serait reconnu par les législations existantes relatives à l'arbitrage et quels seraient les aspects de l'arbitrage en ligne qui devraient faire l'objet d'une réglementation spécifique. Par exemple, les lois relatives à l'arbitrage exigent souvent que le compromis soit fait ou officialisé par écrit. Il est difficile de dire, dans nombre de pays, si cette condition de forme pourrait être remplie par une communication électronique. Au sein de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") fait aux États contractants l'obligation de reconnaître le compromis écrit. Or, dans certains pays, il se peut que les tribunaux refusent de reconnaître et de faire exécuter une sentence conformément à la Convention de New York lorsque la sentence est fondée sur un compromis conclu par des moyens électroniques. La Convention de New York stipule également que les parties doivent produire l'origine et une copie certifiée conforme du compromis et de la sentence.

37. Les communications électroniques peuvent ne pas répondre à certaines conditions de forme, mais l'approche de cette question évolue progressivement. Il y a lieu de noter à ce propos qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, la CNUDCI a adopté une révision de l'article 7, concernant la définition et la forme de la convention d'arbitrage ou du compromis, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, aux termes de laquelle les États souhaitant promulguer des lois inspirées de la Loi type relative à l'arbitrage peuvent envisager deux options. La première suit la Convention de New York en ce sens que le compromis doit être écrit, mais reconnaît que, quelle que soit sa forme, un compte rendu du contenu du compromis est assimilé à un "écrit" traditionnel. Le compromis peut être conclu sous n'importe quelle forme (y compris oralement) aussi longtemps qu'il est fait état de son contenu. Cette nouvelle règle modifie également les dispositions touchant l'utilisation du commerce électronique dans la mesure où elle est rédigée en des termes inspirés de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et de la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Il y a lieu de noter que les instruments adoptés par la CNUDCI en matière de commerce électronique contiennent des règles génériques censées s'appliquer aux transactions aussi bien entre entreprises qu'entre entreprises et consommateurs. La seconde approche définit le compromis en des termes qui omettent toute condition de forme. En 2006, à sa trente-neuvième session, la Commission a également adopté une "Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958"⁴⁶. La recommandation résulte d'un double constat: d'une part, l'utilisation de plus en plus étendue du commerce électronique et, d'autre part, l'existence de lois internes et d'une jurisprudence plus favorables que la Convention de New York à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. Elle encourage les États à appliquer le

⁴⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17), annexe 2.*

paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York "en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs".

38. Une autre question qui devrait être analysée plus avant a trait à la force probante d'un document électronique et à la question de savoir si cette force probante est identique à celle d'un document sur support papier.

Observations générales concernant le règlement des différends entre entreprises et consommateurs

39. Les différends entre entreprises et consommateurs, lorsque les faits sont clairs et simples, peuvent être résolus aisément par le biais de systèmes automatisés et informels. Les différends complexes portant sur des sommes importantes, en revanche, doivent être réglés conformément aux normes d'une procédure régulière, qui peuvent plus rigoureuses que celles qui s'appliquent dans le contexte de l'arbitrage commercial international. La régularité de la procédure, dans le contexte du règlement en ligne des différends, signifie que chacune des parties doit être équitablement entendue, que les décisions doivent être motivées et que la procédure doit être transparente. Reste à savoir si la procédure devrait, sous une forme ou sous une autre, être sujette à l'appréciation des tribunaux. Il faut par conséquent trouver un juste milieu entre efficacité et équité. Dans le contexte du règlement en ligne des différends, les arbitres et institutions qui appliquent ces procédures doivent répondre aux principes d'indépendance et d'impartialité.

40. La question de la validité des compromis doit être examinée attentivement. Des approches diverses ont été adoptées à ce propos par les différents pays lorsque le consommateur est partie à l'accord. En outre, la façon dont les parties sont amenées à soumettre un différend à l'arbitrage peut avoir des répercussions sur la validité du compromis, que ce soit au regard de la législation nationale ou, par exemple, de la Convention de New York.

41. L'ouverture de la procédure arbitrale devra être soumise à des règles spécifiques étant donné que, dans le cas de la plupart des modèles de règlement en ligne des différends, l'obligation est asymétrique et le consommateur conserve le droit d'opter entre l'arbitrage et l'action en justice.

42. La question du lieu de l'arbitrage, avec toutes les conséquences juridiques que cela comporte, doit également être examinée de près et appelle des solutions individualisées.

43. Les sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage commercial sont habituellement exécutées conformément à la Convention de New York, qui présuppose que la sentence est fondée sur un compromis reconnu comme valable par la Convention. Selon le régime établi par la Convention de New York, une action en justice visant à obtenir l'exécution d'une sentence peut être coûteuse et inappropriée dans le cas des différends faisant intervenir des consommateurs. On est par conséquent amené à s'interroger sur le point de savoir s'il faudrait élaborer un instrument spécifique concernant l'exécution. Il a été souligné en outre que les programmes de règlement en ligne des différends qui ont donné de bons résultats et qui ont perduré au cours des 10 dernières années ont été ceux qui ont pu garantir une exécution automatique du règlement: par exemple, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) peut de façon unilatérale retirer l'enregistrement d'un nom de domaine et le système PayPal peut geler des fonds et

décider de sa propre initiative de les virer pour donner effet aux décisions rendues. La procédure consistant à annuler le montant porté au débit de la carte de crédit utilisée pour le paiement de la transaction a également été mentionnée lors du colloque. Cette procédure n'est pas un mécanisme de règlement des différends mais, dans le contexte des ventes à la consommation, parvient en fait au même résultat. Ainsi, l'émetteur de la carte de crédit permet au consommateur d'annuler le paiement du prix d'achat effectué au moyen de la carte de crédit et joue ainsi le rôle d'arbitre entre les parties.

3. Problèmes liés à la création d'un système mondial de règlement en ligne des différends

44. Certaines des difficultés que soulève la mise au point d'un système mondial de règlement en ligne des différends sont de caractère technique: il faut en effet créer a) un système qui puisse continuer de fonctionner efficacement à mesure que le nombre d'affaires augmente, et b) une structure centrale pour les protocoles de communication de données qui garantisse que les divers points du réseau puissent communiquer entre eux en temps réel en dépit des différences de langue et de culture. Une autre sérieuse difficulté liée au développement des systèmes de règlement en ligne des différends tient à l'absence d'infrastructure et d'accès aux systèmes de communication en ligne dans certains pays.

45. Il y a aussi des difficultés de caractère juridique, qui tiennent notamment à la nécessité de trouver une définition générale du "consommateur" et de concevoir un système global de conciliation et d'arbitrage axé expressément sur les différends en ligne qui soit pleinement conforme aux normes à la base d'une procédure régulière et qui puisse déboucher sur des résultats équitables pour toutes les parties en cause. Il faudrait élaborer un système mondial de règlement en ligne des différends qui soit fondé sur des principes généraux et des règles génériques d'équité et sur des pratiques commerciales qui puissent être adaptées aux besoins locaux. Les cadres de réglementation du commerce électronique varient d'un pays à l'autre. Indépendamment des différences qui caractérisent les dispositions juridiques de fond, les pays appliquent en matière de réglementation des approches différentes⁴⁷, ce qui peut avoir des incidences non seulement pour les entreprises mais aussi pour les consommateurs, particulièrement dans le cas de transactions transfrontières. Les droits et les obligations des consommateurs, par exemple, varient beaucoup d'un pays à l'autre. Certains appliquent au commerce électronique une réglementation générique élaborée dans le contexte plus général de la protection du consommateur, tandis que d'autres ont adopté des règlements concernant spécifiquement le commerce électronique et les transactions à la consommation en ligne.

46. D'autres difficultés encore sont de caractère culturel ou linguistique. Les participants au colloque ont fait observer que des systèmes de règlement des différends découlant de transactions transfrontières adaptés à la culture locale pourraient être mieux appropriés que des solutions d'envergure mondiale. Il importe en effet de tenir compte des barrières culturelles et linguistiques. Les technologies et les systèmes de règlement en ligne des différends doivent être adaptés à la culture et aux conditions locales, et il ne faut pas perdre de vue la nature et le type de

⁴⁷ OCDE, "Conference Report, Empowering e-commerce consumers", 8-10 décembre 2009, DSTI/CP(2009)20/FINAL, par. 38.

différents qui sont les plus fréquents dans une société déterminée. Dans ce contexte, il a été dit que des solutions d'envergure mondiale devront apparaître progressivement, être appuyées par la science et la technologie et s'insérer dans un cadre juridique international.

47. Pour résoudre ces problèmes, il a été souligné qu'il faudrait, pour promouvoir l'éducation et la sensibilisation aussi bien des commerçants que des consommateurs quant à l'impact et à l'importance accrue des mécanismes en ligne de règlement de différends commerciaux, veiller à ce que les législations nationales reconnaissent la validité et le caractère exécutoire des transactions électroniques et facilitent l'utilisation de mécanismes non judiciaires de règlement des différends, resserrer la coopération et promouvoir les échanges entre prestataires de services de règlement en ligne des différends, encourager l'adhésion volontaire des cyberentreprises aux programmes de garantie de la fiabilité et tenir dûment compte des différences culturelles et linguistiques.

48. Il a été souligné en outre qu'à elle seule une réglementation par l'État ne suffit pas, et il a été recommandé que des associations professionnelles et la société civile ainsi que les gouvernements s'emploient à mettre au point conjointement une procédure consensuelle. Il a été recommandé aussi que le système élaboré par consensus soit convivial, économique pour les entreprises et juste pour les consommateurs et soit conforme au mandat des organismes locaux de protection du consommateur.

49. L'avis a été exprimé que le courant d'échanges créait des effets de synergie entre les technologies, les biens et les services offerts et les circuits de paiement créés, de sorte qu'il importe d'élaborer des règles pour faciliter le développement d'un système mondial de règlement en ligne des différends.

IV. Conclusions

50. L'avis généralement partagé pendant le colloque a été que les mécanismes de recours classique devant les tribunaux ne constituent pas une solution adéquate dans le cas des différends découlant de transactions électroniques transfrontières et que la solution – assurant un règlement rapide des différends à travers les frontières – réside dans un système mondial de règlement en ligne des innombrables différends d'un montant modeste entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Il a été souligné en outre que les différends transfrontaliers liés au commerce électronique, qui constitueront une proportion significative des litiges au cours des années à venir, exigent des mécanismes individualisés qui n'imposent pas de coûts, de retards et de charges sans proportion avec l'enjeu pécuniaire. Il a été reconnu que la création d'un système répondant aux besoins de toutes les parties en cause soulève de nombreuses difficultés et qu'il importe de tenir compte des différences de culture, de langue et de système juridique.

51. Les participants ont relevé également que plusieurs propositions de création de systèmes régionaux de règlement en ligne des différends étaient à l'étude et qu'il conviendra peut-être donc d'aborder d'emblée la question dans une optique internationale pour éviter que n'apparaissent des mécanismes contradictoires. Nombre de participants au colloque ont exprimé l'avis qu'un phénomène international comme le commerce électronique exige plus qu'une simple harmonisation des cadres nationaux, à savoir un cadre international qui corresponde aux caractéristiques du commerce électronique international. Les travaux que pourrait entreprendre la CNUDCI dans ce domaine devraient avoir pour but de mettre au point des règles génériques qui, conformément à l'approche adoptée dans les différents instruments de la Commission (comme la Loi type sur le commerce électronique), puissent s'appliquer aux transactions aussi bien entre entreprises qu'entre entreprises et consommateurs.

52. Compte tenu des recommandations qui précèdent, la Commission voudra peut-être déterminer s'il serait désormais opportun qu'elle entreprenne des travaux dans le domaine du règlement en ligne des différends découlant de transactions électroniques transfrontières et notamment des transactions entre entreprises et entre entreprises et consommateurs.

D. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité – Nouvelle proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation par le secrétariat de la CNUDCI d'une étude sur la faisabilité et le champ d'application éventuel d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes (A/CN.9/709)

[Original: anglais]

1. La crise financière, en particulier l'insolvabilité de Lehman Brothers le 15 septembre 2008, a malheureusement clairement montré que certaines institutions financières étaient "trop grandes" ou "trop interdépendantes pour être défaillantes". On ne peut procéder à leur liquidation de manière rationnelle sans exposer le système financier à des risques beaucoup trop élevés. Cette situation implique de grands risques d'ordre moral et impose des coûts potentiellement énormes aux contribuables. C'est pourquoi la création d'un cadre juridique permettant de liquider rationnellement une grande institution financière complexe sans mettre en danger la stabilité de l'ensemble du système financier est une priorité pour la Suisse.
2. Dans le cas de grandes institutions financières complexes ayant d'importantes activités transnationales, on ne peut parvenir à un règlement rationnel sans une coordination entre les pays concernés. En l'absence d'une démarche concertée, les mesures de restructuration et/ou de liquidation n'auront qu'un effet limité, qui se traduira presque inévitablement par le démantèlement désordonné de l'institution ou du groupe. La coordination internationale est par conséquent une condition nécessaire, mais pas suffisante, pour parvenir à liquider rationnellement de grandes institutions financières complexes ayant d'importantes activités transnationales.
3. La meilleure façon de procéder pour que la coordination puisse s'exercer consiste à conclure un instrument international multilatéral sur la reconnaissance et l'exécution des ordonnances d'insolvabilité. Cette solution, qui exige que l'on s'accorde sur l'entité ayant compétence pour régler les crises touchant de grandes institutions financières complexes, paraît bien difficile à mettre en place dans un avenir prévisible pour un certain nombre de raisons, qu'il s'agisse notamment des importants objectifs d'ordre public qui sont en jeu dans ce type d'affaire ou probablement de la nécessité de conclure un accord *ex ante* sur la répartition des charges. Il importe donc d'envisager d'autres options pour améliorer la coordination, y compris la coordination qui s'exerce à travers i) des procédures parallèles dans les États d'origine et d'accueil; ii) des accords d'insolvabilité internationale ou iii) des mécanismes régissant les conflits de lois.
4. La nécessité d'une meilleure coordination internationale des procédures de règlement a été reconnue par des organisations internationales et organismes spécialisés de premier plan. En particulier, la recommandation 4 du Groupe sur le règlement international des crises bancaires (Cross-border Bank Resolution Group (CBRG)) du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire préconise d'entreprendre d'autres travaux pour assurer une reconnaissance plus efficace des procédures étrangères de gestion et de règlement des crises aux niveaux bilatéral, régional ou

international¹. Le CBRG mentionne en particulier les travaux de la CNUDCI sur le traitement des groupes d'entreprises nationaux et laisse entendre que les concepts correspondants élaborés dans le *Guide législatif* pourraient donner des orientations à l'appui de l'établissement d'un cadre approprié.

5. À la trente-huitième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (le "Groupe de travail"), la délégation suisse a présenté une proposition en vue de la réalisation d'une étude sur la faisabilité d'un instrument international relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes afin que le Groupe de travail puisse l'examiner (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5). Au cours de cette session, quelques délégations ainsi que certains observateurs ont exprimé des réserves, faisant valoir que les questions relatives à l'insolvabilité des institutions financières ne relevaient pas des compétences de base du Groupe de travail et que des travaux analogues étaient effectués par d'autres organismes. La Suisse voudrait faire remarquer que i) la CNUDCI est mieux placée que tout autre organisme international pour traiter ce type de questions et ii) aucuns travaux de cet ordre n'ont été entrepris ou ne sont actuellement réalisés au niveau technique envisagé dans la proposition suisse.

6. S'il est vrai que la question de l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières a jusqu'à présent été exclue du champ d'application des travaux de la CNUDCI relatifs à l'insolvabilité², la Suisse maintient que la Commission est mieux placée que tout autre organisme pour réaliser l'étude proposée. Premièrement, un règlement est avant tout une procédure hautement technique qui nécessite des connaissances théoriques et pratiques spécialisées, que l'entreprise soit une institution financière ou non. Deuxièmement, de nombreux outils utilisés dans les régimes de règlement nationaux sont également utilisés dans les procédures de faillite de sociétés, comme par exemple le transfert d'actifs vers une nouvelle société ou la conversion de créances en prises de participation. La Suisse est par conséquent convaincue que la CNUDCI est mieux placée que tout autre organisme pour réaliser l'étude proposée. Par ailleurs, aucune autre organisation ni aucun autre organisme à vocation internationale n'entreprend actuellement des travaux analogues à l'étude proposée par la Suisse. Certes, la question est examinée au sein de nombreuses instances, mais aucune d'elles ne s'est en fait attachée à étudier d'autres solutions ou modalités concrètes.

7. Comme nous l'avons déjà dit, nous ne partageons pas l'avis qui veut que le Groupe de travail ne soit pas nécessairement l'instance appropriée pour aborder les questions proposées ou ne soit pas en mesure de le faire. Néanmoins, nous respectons les vues exprimées au sein du Groupe selon lesquelles il ne serait peut-être pas souhaitable de traiter ces questions en séance plénière et dans le but de définir des dispositions normatives. Cela étant, nous notons qu'un très large soutien a été exprimé par différentes délégations du Groupe de travail en faveur de la possibilité de demander au Secrétariat de rédiger un rapport détaillé portant sur les questions soulevées dans la proposition suisse. Ce rapport pourrait aborder l'une quelconque ou l'ensemble des questions suivantes:

¹ Voir Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group – document final (mars 2010), <http://www.bis.org/publ/bcbs169.htm> (site consulté le 18 mai 2010).

² Voir le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, p. 48 (2005); Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 1-2 (1997).

- Recensement des questions se rattachant ou spécifiques à la liquidation de grandes institutions financières complexes;
- Réalisation d'une étude comparative de certains ordres juridiques s'agissant des mécanismes visant à assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes;
- Recensement et récapitulation des travaux réalisés ou actuellement entrepris par d'autres organismes, et exposé succinct de la teneur des travaux menés, le cas échéant, dans ce domaine;
- Identification des domaines et des questions juridiques auxquels les principes énoncés dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* de 2004 et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 pourraient ou devraient s'appliquer directement ou par analogie;
- Recensement d'autres solutions qui pourraient être mises à profit pour faciliter et assurer la coopération internationale lors de la liquidation de grandes institutions financières complexes;
- Diffusion de recommandations portant sur les travaux que pourraient entreprendre la CNUDCI ou d'autres organismes, ainsi que les législateurs nationaux ou les organismes de réglementation dans les domaines recensés.

8. La délégation suisse a été très impressionnée par la qualité et l'efficacité dont a fait preuve le Secrétariat lors de l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI de 2009* sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Un document de cette qualité dans le domaine de l'insolvabilité des institutions financières serait extrêmement précieux pour les législateurs, les organismes de réglementation et les praticiens.

9. En conséquence, la délégation suisse soumet par la présente une proposition modifiée qui tient compte des utiles suggestions formulées par différentes délégations et par le Secrétariat lui-même. Conformément à cette nouvelle proposition, la CNUDCI chargerait le Secrétariat de rédiger un rapport sur la faisabilité et le champ d'application éventuel d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes, rapport qui aborderait les questions soulevées dans le paragraphe précédent. Un tel mandat n'aurait aucune incidence sur l'une quelconque des propositions présentées par d'autres délégations au sujet des travaux que doit mener le Groupe de travail V au cours de ses sessions ordinaires. En outre, nous estimons qu'il faudrait laisser au Groupe de travail, agissant en coopération avec le Secrétariat, toute latitude pour déterminer la teneur d'un tel rapport ainsi que les délais et les méthodes de travail à appliquer dans ce contexte. En dernier ressort, le rapport serait adopté par le Groupe de travail puis présenté à la Commission pour approbation.

E. Travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique – Note soumise par l’Institut du droit commercial international à l’appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/710)

[Original: anglais]

I. Introduction

1. En vue de la préparation de la quarante-troisième session de la Commission, l’Institut du droit commercial international a soumis au Secrétariat une note à l’appui des travaux futurs sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique. La version anglaise de cette note a été soumise au Secrétariat le 24 mai 2010. Le texte reçu par le Secrétariat est reproduit à l’annexe de la présente note tel qu’il a été reçu.

Annexe

Document présenté à l’appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne

Note soumise par l’Institut du droit commercial international (Pace Law School) et les organisations et institutions suivantes:

Association égyptienne ADR; Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (Égypte); Center for International Legal Education, Université de Pittsburgh; Center for Transnational Law (CENTRAL), Université de Cologne (Allemagne); Chambre de commerce internationale; Chartered Institute of Arbitrators (Singapour); China Society of Private International Law; Committee on International Contract and Commercial Law, Section internationale de l’Association of the Bar of the State of New York; Construction Industry Arbitration Council (CIAC) (Inde); Département de droit de l’Institut universitaire européen; Département de droit international de l’Université des affaires étrangères de Chine; Dispute Resolution Division, Council of Better Business Bureaus, Inc.; European Legal Studies Institute, Université d’Osnabrück (Allemagne); Faculté de droit, Campus de Potchefstroom, Northwest University, Potchefstroom (Afrique du Sud); Faculté de droit, City University de Hong Kong; Geneva Master in International Dispute Settlement, Faculté de droit de l’Université de Genève et Institut de hautes études internationales et du développement; Global Business Dialogue on e-Society; Hong Kong Institute of Arbitrators (HKI Arb); Hong Kong Internet Forum; Institut de droit et de technologie, Faculté de droit, Université Masaryk (République tchèque); Institut de droit et des technologies de l’information et de la communication de l’Université Bilgi à Istanbul (Turquie); Institut de droit international, Université de Wuhan (Chine); Institut latino-américain de commerce électronique; Institut national américain de normalisation; Institute of Commercial

Law, Penn State Dickinson School of Law; Institute of Computer and Communications Law, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Université de Londres; International Association for Commercial and Contract Management (IACCM); International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR); Internet Bar Organization; Mediation Room; Mediators Beyond Borders; National Institute for Dispute Resolution and Technology; ODR Latinoamerica; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) – Secrétariat du Comité de la politique à l’égard des consommateurs; School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Université de Londres; et Tribunal d’arbitrage de la République tchèque.

I. Résumé analytique

L’expansion et l’impossibilité de se passer des technologies de l’information et de la communication (TIC) dans les pays développés et les pays en développement représentent, pour les acheteurs et les vendeurs qui effectuent des transactions commerciales internationales via l’Internet et les plates-formes mobiles, des possibilités énormes d’accéder à la justice. Parallèlement à la forte hausse ces 10 dernières années des transactions commerciales effectuées via l’Internet (commerce électronique entre entreprises (B2B), commerce électronique avec les consommateurs (B2C), et commerce électronique entre consommateurs (C2C)), des discussions approfondies ont eu lieu sur l’utilisation de systèmes – judiciaires ou extrajudiciaires – pour régler les litiges nationaux et internationaux qui ne manquent pas de naître dans le cadre de la gestion de ce type de transaction commerciale. Le règlement des litiges en ligne¹ est apparu comme une option souhaitable pour trouver une solution à ces litiges. En effet, pour les nombreux contrats, de faible valeur, conclus électroniquement, les entreprises et les groupes de consommateurs reconnaissent que les procédures extrajudiciaires ADR (modes alternatifs de règlement des litiges) – en particulier le règlement des litiges en ligne – sont indiquées pour le règlement juste et rapide des litiges².

¹ “Le règlement des litiges en ligne est une expression générale pour désigner les techniques mises en œuvre pour trouver, en dehors des tribunaux, une solution aux litiges en utilisant [les technologies de l’information et de la communication], et, en particulier, les applications de l’Internet.” J. Hornle, *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, p. 75 (2009).

² “Le recours aux tribunaux dans les litiges résultant de transactions internationales via l’Internet est souvent compliqué par les questions difficiles qui consistent à savoir quelle est la loi qui s’applique et quelles sont les autorités qui ont compétence pour régler ces litiges. En outre, la procédure judiciaire internationale peut revenir cher et dépasser souvent la valeur des biens et services objets du litige. S’il s’agissait là du seul moyen de régler les litiges, il ne contribuerait certainement pas à renforcer la confiance des consommateurs dans le commerce électronique international et il encouragerait fortement les commerçants à restreindre la portée géographique de leurs offres, ce qui, à son tour, limiterait la concurrence et le choix du consommateur. Un catalyseur important de la confiance du consommateur dans le commerce électronique consiste pour les commerçants sur Internet à offrir à leurs clients des procédures extrajudiciaires attrayantes de règlement de litiges comme alternative aux procédures lourdes et onéreuses de recours aux tribunaux.” Accord intervenu entre Consumers International et le Dialogue mondial des affaires sur le commerce électronique, *Modes alternatifs de règlement des litiges: lignes directrices* (anglais uniquement), Dialogue mondial des affaires sur le commerce électronique, p. 54 et 55 (GBDe) (novembre 2003) (ci-après désigné “Accord GBDe”). L’Accord GBDe est le tout premier document de consensus entre l’industrie et les consommateurs à proclamer la

La discussion sur le règlement des litiges en ligne ne se limite toutefois pas aux gros volumes de transaction, de faible valeur, car des systèmes publics et privés de règlement de litiges en ligne ont été établis ces 10 dernières années pour des litiges de formes et d'importance différents résultant d'opérations de commerce électronique entre entreprises (B2B), de commerce électronique avec les consommateurs (B2C) et de commerce électronique entre consommateurs (C2C)³. En fait, le règlement de litiges en ligne a engendré sa propre culture à partir des modes alternatifs de règlement des litiges et des procédures de contentieux habituels en tenant compte des particularités et des opportunités découlant de sa plate-forme électronique. Néanmoins, même avec ces évolutions, les efforts sont restés clairement incohérents, c'est-à-dire que l'on applique aux participants des normes différentes en matière de régularité de la procédure, des normes qui, pour une large part, ne portent que sur les litiges nationaux en ligne, ne proposent pas de mécanismes d'exécution efficaces, et qui, comparés aux procédures courantes de contentieux et aux modes alternatifs de règlement des litiges, ne sont pas souvent, pour les acheteurs, des options faciles. Ces lacunes expliquent quelques-unes des raisons pour lesquelles de nombreux acheteurs s'abstiennent largement de s'engager dans le commerce électronique et mobile international et les raisons pour lesquelles il est crucial que, dans un avenir proche, soit créé un instrument d'harmonisation mondial ou soit défini un ensemble de principes devant régir des systèmes de règlement de litiges en ligne qui puissent traiter les litiges internationaux dans toute la gamme des domaines commerciaux, y compris les millions de cas de litiges potentiels qui résultent chaque année d'opérations B2B, B2C et C2C de faible valeur.

La CNUDCI est on ne saurait mieux placé pour établir des instruments ou des lignes directrices particulièrement adaptés pour la réparation dans un environnement commercial en ligne, qui tiennent compte des besoins des pays développés et des pays en développement. La présente note reflète le consensus auquel sont parvenus les experts du règlement des litiges en ligne et énonce les lignes directrices pour l'élaboration de règles harmonisées et/ou de lignes directrices devant régir des systèmes de règlement des litiges en ligne⁴.

nécessité de procédures extrajudiciaires pour le règlement de litiges nés de marchés conclus électroniquement, et à définir les principes relatifs à la création d'un tel système. Voir aussi Conférence de l'OCDE sur la responsabilisation des consommateurs: renforcer la protection du consommateur dans la cyberéconomie, Rapport de base (anglais uniquement), p. 35 (Washington, 8-10 décembre 2009) (ci-après désigné "Rapport de base de l'OCDE") ("Il faudrait assurer aux consommateurs un accès véritable à un mode alternatif juste et rapide de règlement des litiges et de leur réparation sans frais ni charge excessif").

³ Voir Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales, Note du Secrétariat, A/CN.9/706.

⁴ Nous sommes également favorables à la recommandation du Secrétariat selon laquelle "[l]es travaux que pourrait entreprendre la CNUDCI dans ce domaine devraient avoir pour but de mettre au point des règles génériques qui, conformément à l'approche adoptée dans le contexte des différents instruments de la CNUDCI (comme la Loi type sur le commerce électronique), puissent s'appliquer aux transactions aussi bien entre entreprises qu'entre entreprises et consommateurs." Ibid., par. 51.

II. Collaboration pour créer un système intégré de règlement de litiges en ligne

Il est essentiel de combler les lacunes en matière de réparation internationale en ligne pour que commerçants et consommateurs aient une option viable pour régler les litiges résultant des opérations internationales de commerce électronique. Les voies actuellement disponibles – procédures lourdes et onéreuses de recours devant les tribunaux ou procédures traditionnelles d'arbitrage établies pour des litiges plus complexes – ne sont pas utiles ni absolument nécessaires pour la vaste majorité de ces litiges internationaux. De plus, la position des consommateurs en tant qu'acteurs du commerce international étant plus fermement établie dans l'économie mondiale, l'existence d'un système efficace de règlement de litiges en ligne, qui profite à la fois aux commerçants et aux consommateurs, sera un facteur important pour encourager les consommateurs à avoir confiance dans les transactions internationales. Les experts du règlement des litiges en ligne étant parvenus à un consensus, la porte est désormais ouverte sur une collaboration en vue de la création d'un système intégré de règlement de litiges en ligne⁵:

- Le commerce électronique et le commerce mobile ne continueront de prospérer et de se développer dans les pays développés et les pays en développement que s'il existe un système mondial de réparation;
- Un système mondial de règlement de litiges en ligne devrait être un système de réparation juste, attrayant et peu coûteux pour les vendeurs et les acheteurs, et il devrait inspirer la confiance dans la capacité du système à régler les réclamations (dans les opérations B2B et B2C) de manière économique, rapide, efficace, juste et transparente;
- Les organisations intergouvernementales, le secteur privé et les organisations du secteur associatif ont reconnu que des systèmes de règlement de litiges en ligne s'imposaient dans le contexte actuel et ces 10 dernières années, un nombre limité de systèmes de réparation en ligne ont fonctionné avec succès, mais sans qu'au niveau mondial, un ensemble normalisé de règles ni un système naissent de ces efforts;
- Selon des estimations prudentes, des millions de litiges de faible valeur (résultant des opérations B2B et B2C) pourraient être réglés chaque année dans le cadre d'un système mondial de règlement de litiges en ligne;

⁵ Les 29 et 30 mars 2010 à Vienne, la CNUDCI, l'Institut du droit commercial international (Pace Law School) et le Penn State Dickinson School of Law ont organisé conjointement au Centre international de Vienne un colloque consacré au règlement des litiges en ligne et au commerce électronique mondial: vers un système de réparation pratique et juste pour les acteurs du commerce du XXI^e siècle (consommateurs et commerçants). De grands spécialistes des modes alternatifs de règlement de litiges, de règlement de litiges en ligne et du commerce électronique des secteurs public et privé, des milieux universitaires et du secteur associatif, représentant toutes les régions du globe, se sont engagés pendant deux jours dans un dialogue intensif pour étudier d'un œil neuf le sujet et sont parvenus aux mêmes conclusions que celles exposées dans la présente note. On trouvera à l'adresse http://www.pace.edu/page.cfm?doc_id=35560 un fichier audio du colloque et les présentations des intervenants.

- Les différents groupes intéressés et touchés ont dégagé un consensus sur les principes généraux devant régir la création d'un système mondial juste et efficace de règlement de litiges en ligne;
- En dépit de l'expansion prodigieuse du commerce électronique national ces 10 dernières années, on observe une stagnation relative du commerce électronique international dans les pays développés due, en partie, au manque d'un système de réparation régional et/ou mondial;
- La téléphonie mobile connaît une croissance exponentielle dans les pays en développement et elle aura des implications importantes et indéniables sur la manière de faire des affaires dans les pays en développement;
- La CNUDCI pourrait prêter son concours à la création et au fonctionnement d'un système mondial de règlement de litiges en ligne en élaborant des règles génériques et/ou des principes qui, conformément à l'approche adoptée dans le contexte de ses différents instruments (comme la Loi type sur le commerce électronique), puissent s'appliquer aux transactions B2B et B2C⁶.

III. Lignes directrices pour l'établissement de règles et/ou de principes devant régir un mécanisme mondial de règlement de litiges résultant de transactions électroniques et mobiles

À la lumière des leçons tirées de l'expérience, des systèmes établis, des règles types sur le commerce électronique, et des lignes directrices élaborées ces 20 dernières années, des principes sont nés pour guider l'élaboration d'instruments juridiques devant régir un système mondial de règlement de litiges en ligne. Les présentes lignes directrices ne visent ni à écarter les règles et/ou principes devant être incorporés à un système de règlement de litiges dans les opérations B2B, B2C ou C2C ni à en élaborer d'autres.

Lignes directrices ayant un impact sur la création d'un mécanisme de règlement de litiges en ligne commun aux litiges résultant des opérations de commerce électronique et mobile B2B, B2C et C2C:

Commerce électronique

- “[U]n nombre croissant de transactions commerciales internationales font appel à des méthodes d'échange de données électronique et à d'autres moyens de communication communément appelés ‘commerce électronique’, qui suppose le recours à des moyens autres que les documents papier pour transmettre et conserver l'information.”⁷
- “[L']usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre

⁶ Le secrétariat de la CNUDCI a également publié une note sur le règlement de litiges en ligne et sur le colloque. Note du Secrétariat, A/CN.9/706, Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales.

⁷ Loi type sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996, préambule. Disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf.

de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international.”⁸

Règlement de procédure

- Les vendeurs doivent fournir un accès aux acheteurs, de sorte qu'ils puissent choisir de tenter de régler un litige directement avec le vendeur avant de recourir à tout système formel de réparation (par exemple, “les systèmes de satisfaction du client”)⁹.
- “[L']adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, devrait renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aider les États à accéder aux circuits commerciaux modernes.”¹⁰
- “[Des] règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière.”¹¹
- Les décideurs et le personnel chargés du règlement de litiges en ligne devraient être impartiaux, et avoir une formation et des compétences suffisantes. Les décideurs doivent révéler les conflits d'intérêts potentiels et les parties doivent avoir la possibilité de formuler des objections concernant un décideur dans un délai raisonnable après la désignation de ce dernier¹².
- Le système de règlement de litiges en ligne devrait proposer des méthodes et voies de droit adaptées à la nature des litiges et acceptables¹³.
- Les systèmes de règlement de litiges en ligne devraient être facilement accessibles, conviviaux, efficaces, à jour, transparents et peu onéreux pour le consommateur dans les litiges résultant des opérations B2C ou C2C¹⁴.

⁸ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, préambule, 2005. Disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf.

⁹ Voir Accord GBDe, p. 56.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Voir Accord GBDe, p. 57; voir également le programme de l'ICDR relatif au règlement de litiges en ligne à l'intention des fabricants et des fournisseurs.

¹³ ISO 10003:2007, Management de la qualité – Satisfaction du client – Lignes directrices relatives à la résolution externe de conflits aux organismes, annexe E.

¹⁴ Voir Accord GBDe, p. 57 et 58; voir également le document de base de l'OCDE sur les

- S'agissant des litiges résultant des opérations B2C, les personnes chargées de régler les litiges par des modes alternatifs peuvent décider en toute équité et/ou sur la base de codes de conduite, en tenant compte également des principes généraux communs aux législations des États Membres de l'ONU et des usages largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. Cette souplesse concernant les motifs des décisions relatives aux modes alternatifs de règlement de litiges ouvre la voie à l'élaboration de normes élevées de protection des consommateurs dans le monde¹⁵.
- Les règles ou principes généraux créés pour régir un système mondial de règlement de litiges en ligne ne devraient pas créer d'obstacles à l'utilisation novatrice de la technologie¹⁶.
- "Les prestataires de modes alternatifs de règlement de litiges devraient soumettre les litiges aux autorités chargées de l'application des lois, avec l'autorisation de l'[acheteur], lorsqu'elles ont toutes raisons de croire qu'il pourrait y avoir fraude, escroquerie ou abus de la part du commerçant sur Internet. En pareil cas, le commerçant devrait être informé des mesures prises."¹⁷

Informations à fournir

- Les acheteurs potentiels devraient être pleinement informés des conditions d'accès au système de règlement de litiges en ligne au moment de la conclusion de la transaction (informations sur les coûts, le type de système de règlement de litiges en ligne, à savoir, négociation, médiation, arbitrage ou autres)¹⁸.
- Les vendeurs devraient communiquer aux acheteurs des informations sur les prestataires de services de règlement de litiges en ligne auprès de qui une réclamation peut être introduite (par exemple, par référence à un code de conduite, à un label de confiance ou aux conditions générales de vente).

Prestataires de services de règlement de litiges en ligne

- Les prestataires de services de règlement de litiges en ligne devraient être accrédités par des associations d'accréditation tierce partie ou des organismes nationaux de consommateurs qui appliquent un ensemble universel de critères.
- Le secteur public et le secteur privé devrait coopérer étroitement pour établir un système mondial de règlement de litiges en ligne satisfaisant,

consommateurs, p. 35.

¹⁵ Voir d'une manière générale l'Accord GBDe, p. 59.

¹⁶ Ibid.; Rapport de base de l'OCDE sur les consommateurs, p. 36.

¹⁷ Voir Accord GBDe, p. 59.

¹⁸ Ibid., p. 57.

notamment pour l'exécution des décisions rendues par les prestataires de services de règlement de litiges en ligne¹⁹.

- Les prestataires de services de règlement de litiges en ligne devraient communiquer aux vendeurs et aux acheteurs suffisamment d'informations pour leur permettre de choisir en toute connaissance de cause de participer à un règlement de litiges en ligne, y compris des informations sur les méthodes de règlement de litiges utilisées, l'étendue des pouvoirs du prestataire, tous frais que les parties doivent payer, les voies de droit disponibles, les critères selon lesquels le litige sera évalué (par exemple, codes de conduite, principes juridiques, équité), les différences importantes par rapport aux procédures judiciaires, une déclaration précisant le litige ou le(s) type(s) de litige auquel s'applique le consentement à participer, comment accéder au processus et comment obtenir une copie des procédures de règlement de litiges applicables, les délais prévus pour mener à terme chacune des différentes méthodes, et la renonciation éventuelle du plaignant à son droit d'aller devant les tribunaux s'il n'est pas satisfait du règlement du litige²⁰.

¹⁹ Ibid., p. 61; Rapport de base de l'OCDE sur les consommateurs, p. 35 et 36.

²⁰ ISO 10003:2007, Management de la qualité – Satisfaction du client – Lignes directrices relatives à la résolution externe de conflits aux organismes, annexe C.

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

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2) publié en 2000 et disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI www.uncitral.org.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/695 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-5
II. Activités de coopération et d'assistance techniques	6-25
A. Activités relatives à différents domaines	8-11
B. Vente de marchandises	12
C. Passation de marchés	13-15
D. Règlement des différends	16-18
E. Commerce électronique	19-21
F. Insolvabilité	22-23
G. Sûretés	24
H. Aide à la rédaction de textes législatifs	25
III. Activités de coordination	26-30
IV. Diffusion d'informations	31-46
A. Site Web	32-35
B. Bibliothèque	36-40
C. Publications	41-42
D. Communiqués de presse	43-44
E. Demandes générales de renseignements	45
F. Conférences d'information à Vienne	46
V. Ressources et financement	47-55
A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI	47-51
B. Fonds d'affectation spéciale créé pour octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI	52-55

I. Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) joue un rôle important dans le développement du cadre juridique régissant le commerce international et les investissements internationaux 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 et les paiements; les sûretés; l'insolvabilité; les transports; et le commerce électronique. Ces instruments, qui bénéficient d'une large acceptation, en ce qu'ils apportent des solutions satisfaisantes à des pays de traditions juridiques différentes se trouvant à des stades de développement économique différents, sont notamment les suivants:

a) Dans le domaine des ventes de marchandises, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)¹ et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Convention sur la prescription)²;

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères³ (Convention de New York; cette convention des Nations Unies a été adoptée avant la création de la Commission, mais cette dernière, que l'Assemblée générale a récemment reconnue comme l'instance où les questions d'interprétation devraient être débattues⁴, s'attache à la promouvoir activement), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁵, le Règlement de conciliation de la CNUDCI⁶, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et ses articles révisés⁷, l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales⁸ et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale⁹;

¹ 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3; publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12; *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; *Annuaire* de la CNUDCI 1974, troisième partie, annexe I, sect. B, et *Annuaire* 1980, troisième partie, annexe I, sect. C.

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119 et 26121, p. 77 et 99; *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 (publications des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie; *Annuaire* de la CNUDCI 1974, troisième partie, annexe I, sect. B, et *Annuaire* 1980, troisième partie, annexe I, sect. C.

³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol.330, n° 4739.

⁴ New York, 18 décembre 2006, résolution 61/33 de l'Assemblée générale.

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17)*, par. 57; *Annuaire* de la CNUDCI 1976, première partie, chap. II, sect. A.

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6; *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, chap. V, sect. A, par. 106; *Annuaire* de la CNUDCI 1980, troisième partie, chap. II.

⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, annexe I; *Annuaire* de la CNUDCI 1985, troisième partie, chap. I; *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, annexe I.

⁸ *Annuaire* de la CNUDCI 1996, troisième partie, annexe II.

⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4; *Documents officiels de l'Assemblée*

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 services¹⁰, le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé¹¹, et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé¹²;

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 internationaux¹³, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux¹⁴, et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by¹⁵;

e) Dans le domaine des sûretés, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international¹⁶ et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties¹⁷;

f) Dans le domaine de l'insolvabilité, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (LTI)¹⁸, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité¹⁹, et le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale²⁰;

g) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg)²¹, la Convention des

générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), annexe I; Annuaire de la CNUDCI 2002, troisième partie.

¹⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17 et Corr.1), annexe I; Annuaire de la CNUDCI 1994, troisième partie, annexes I et II.*

¹¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4; A/CN.9/SER.B/4.

¹² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.11; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17), annexe I.*

¹³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16; résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe; *Annuaire de la CNUDCI 1988, troisième partie, annexe I.*

¹⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17 (A/47/17), annexe I; Annuaire de la CNUDCI 1992, troisième partie, annexe I.*

¹⁵ New York, 11 décembre 1995, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38030, p. 163; publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), annexe I.*

¹⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14; résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe; *Annuaire de la CNUDCI 2002, troisième partie.*

¹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17), Part II, par. 99.*

¹⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), annexe I; Annuaire de la CNUDCI 1997, troisième partie, annexe I.*

¹⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17), par. 55.*

²⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17), par. 24.*

²¹ Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215, p. 3; publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14; *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),*

Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international²² et la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)²³; et

h) Dans le domaine du commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (LTCE)²⁴, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques²⁵, et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux²⁶.

2. La CNUDCI fait des activités de coopération et d'assistance techniques visant à promouvoir l'utilisation et l'adoption de ses textes l'une de ses priorités, conformément à une décision prise à sa vingtième session (1987)²⁷. Ces activités sont particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays à économie en transition manquant de moyens dans les domaines du droit commercial sur lesquels portent les travaux de la CNUDCI. Étant donné que la réforme du droit commercial à partir d'instruments internationaux harmonisés influe de toute évidence sur la capacité à participer au commerce international, le travail de coopération et d'assistance techniques que réalise le Secrétariat pour promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes en question peut faciliter le développement économique.

3. L'état de l'adoption des traités et de l'incorporation des lois types dans le droit interne est régulièrement actualisé et peut être consulté sur le site Web de la CNUDCI. Il est également présenté dans le rapport annuel soumis à la Commission, intitulé "État des conventions et des lois types", qui mentionne les nouveaux instruments déposés en rapport avec les traités et les nouvelles législations adoptées sur la base des lois types.

4. Dans sa résolution 64/111 du 15 janvier 2010, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, du travail de la Commission dans le domaine de la coopération et de l'assistance techniques en matière de 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

document A/CONF.89/13, annexe I; *Annuaire* de la CNUDCI 1978, troisième partie, annexe I, sect. B.

²² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.15; *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; A/CONF.152/13, annexe; *Annuaire* de la CNUDCI 1992, troisième partie, annexe I.

²³ New York, 11 décembre 2008, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9; résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe.

²⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)*, annexe I; *Annuaire* de la CNUDCI 1996, troisième partie, annexe I.

²⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3)*, annexe II.

²⁶ New York, 23 novembre 2005, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2; résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

²⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/42/17)*, par. 335.

Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme de coopération et d'assistance techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes. L'Assemblée générale a également souligné l'importance, pour l'unification et l'harmonisation progressives du droit international privé, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, a prié instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

5. La présente note expose les activités de coopération et d'assistance techniques menées par le Secrétariat depuis la publication de la précédente note dont la Commission a été saisie à sa quarante-deuxième session en 2009 (document A/CN.9/675 du 20 avril 2009), et rend compte de la mobilisation des ressources pour soutenir ces activités. Pour un rapport consacré spécialement au droit des transports, voir A/CN.9/695/Add.1.

II. Activités de coopération et d'assistance techniques

6. Le secrétariat de la CNUDCI mène des activités de coopération et d'assistance techniques en vue de promouvoir l'adoption des textes législatifs élaborés par celle-ci. Ces activités visent notamment à fournir des conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI ou d'y adhérer, d'incorporer l'une de ses lois types ou d'utiliser l'un de ses guides législatifs. Elles visent également à favoriser l'application de ces textes et leur interprétation uniforme. Ces activités peuvent notamment prendre les formes suivantes: réalisation de missions d'information et participation à des séminaires et conférences sur les textes de la CNUDCI se tenant aux niveaux régional et national; fourniture d'une aide aux pays pour revoir la législation existante et évaluer si une réforme du droit commercial est nécessaire; aide à la rédaction de législations nationales pour appliquer les textes de la CNUDCI; fourniture d'une aide aux organismes multilatéraux et bilatéraux de développement pour utiliser les textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme du droit; prestation de conseils et d'une assistance à des organisations internationales et autres, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, sur l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organisation d'activités de formation pour faciliter l'application et l'interprétation par les juges et autres juristes des législations fondées sur les textes de la CNUDCI.

7. Les activités ci-dessous qui sont signalées par un astérisque ont été financées par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

A. Activités relatives à différents domaines

1. Activités régionales

8. Depuis le dernier rapport, un certain nombre d'activités de coopération et d'assistance techniques – présentées ci-après – ont été menées dans plusieurs des domaines mentionnés au paragraphe 1 ci-dessus:

a) Comme indiqué dans la précédente note sur la coopération et l'assistance techniques soumise à la Commission (A/CN.9/675, par. 8 d)), fourniture par le Secrétariat de conseils réguliers au sous-projet relatif à l'application régionale de la Convention sur la vente internationale de marchandises et à l'arbitrage commercial international. Ce sous-projet est un volet du projet de fonds régional ouvert pour l'Europe du Sud-Est (réforme juridique), exécuté par la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Coopération technique allemande) (GTZ). En 2009, les activités associées audit projet comprenaient la présentation des travaux et du programme d'assistance technique de la CNUDCI lors d'une table ronde (Sarajevo, 13 juin 2009), la participation à une réunion et une discussion sur les réalisations et les activités futures du projet de fonds régional ouvert pour l'Europe du Sud-Est (réforme juridique) dans les Balkans (Belgrade, 1^{er}-3 décembre 2009) et la participation à la Conférence de Belgrade sur l'arbitrage, tenue à l'occasion de la session de préparation ("pre-moot") au XVII^e Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis devant avoir lieu à Vienne, conjointement avec la GTZ (Belgrade, 19-21 mars 2010);

b) Participation au séminaire intitulé "I Seminario sobre Nociones Actuales del Derecho Comercial Internacional en el contexto de un mundo globalizado" (premier séminaire sur les notions actuelles du droit commercial international dans le contexte de la mondialisation) pour discuter de la CVIM, de l'arbitrage et du commerce électronique, coorganisé par la CNUDCI et le Centro de Exportación e Inversión de la République dominicaine (CEI-RD) (Saint-Domingue, 27-30 janvier 2010); et

c) Participation à la table ronde sur le livre vert de l'Union européenne (UE) concernant l'Union pour la Méditerranée (Paris, 29 juin-1^{er} juillet 2009).

2. Activités menées au niveau national

9. Sur le plan national, le Secrétariat a participé aux activités suivantes de coopération et d'assistance techniques portant sur plusieurs des domaines mentionnés au paragraphe 1 ci-dessus:

a) Un séminaire sur les méthodes de travail de la CNUDCI et ses textes concernant la CVIM et le commerce électronique, en coopération avec le bureau local de la GTZ, à l'occasion de l'adhésion de l'Arménie à la CVIM et de son élection à la CNUDCI (Erevan, 14-17 juin 2009)*;

b) Une table ronde organisée par l'ONUDI sur l'évaluation du cadre juridique du développement du secteur privé en Iraq, Programme des Nations Unies de développement du secteur privé en Iraq (Vienne, 17-19 août 2009); et

c) Suite au projet visant à évaluer et réformer le cadre du droit commercial international à Madagascar et à mettre en place les capacités connexes, un atelier sur la CVIM et l'arbitrage à l'École Nationale de la Magistrature et des séminaires sur la CVIM et l'arbitrage avec des parties prenantes, ainsi que des discussions sur la préparation d'une législation sur le commerce électronique (Antananarivo, 23-29 novembre 2009)*.

3. Réunions d'information à l'intention des missions permanentes à Vienne

10. Le Secrétariat a fourni des informations sur la CNUDCI et ses méthodes de travail lors du Séminaire d'orientation destiné aux membres des missions permanentes accréditées auprès des organisations internationales à Vienne, organisé par l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR) à l'Office des Nations Unies à Vienne le 23 mars 2010. Des réunions d'information sur les différents sujets traités par les groupes de travail sont régulièrement organisées à Vienne par le Secrétariat.

4. Autres activités relatives à différents domaines

11. Ces activités étaient les suivantes:

a) Dans le cadre du Programme conjoint Centre international de formation de l'OIT/Université de Turin/CNUDCI de Master en gestion des achats dans le secteur public pour un développement durable, dispensé au Centre à Turin et cogéré par la CNUDCI, participation à la réunion du Comité scientifique du Master et représentation de la CNUDCI à l'ouverture officielle du cours, et présentation de conférences sur a) la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Turin, Italie, 2-4 septembre 2009 et 2 et 3 mars 2010); b) la vente internationale de marchandises (21-23 octobre 2009); et c) le commerce électronique (10 et 11 décembre 2009);

b) Participation à la séance inaugurale du Cours postuniversitaire de droit commercial international et présentation d'une conférence sur "Les questions d'harmonisation du droit commercial international du point de vue de la CNUDCI: les activités passées et présentes" (Turin, Italie, 23 et 24 mars 2010);

c) À l'invitation du Center for Asian Legal Exchange (CALE) de l'Université de Nagoya, participation à des discussions sur les activités conjointes d'assistance technique concernant la réforme du droit commercial en Asie, et présentation de conférences sur la réforme du droit commercial et sur la CVIM (Nagoya, Japon, 14-18 mars 2010); et

d) Participation au Forum politique mondial 2009 de l'Alliance for Financial Inclusion (AFI) afin d'évaluer les éventuels travaux futurs de la CNUDCI sur la microfinance et les paiements effectués avec des appareils mobiles (Nairobi, 14-20 septembre 2009)*.

B. Vente de marchandises

12. Le Secrétariat s'est attaché activement à promouvoir l'adoption et l'interprétation uniforme de la CVIM au niveau régional, mais aussi par l'intermédiaire des missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne, Genève et New York et directement auprès des autorités concernées dans les capitales. Dans le cadre de ces activités, il a participé à:

a) Une conférence sur la CVIM coorganisée avec le Vice-Ministre albanais de l'économie pour célébrer la ratification de la CVIM par l'Albanie et une session de formation sur la CVIM au Judicial Training Centre (Tirana, 11-13 mai 2009);

- b) Un séminaire sur la CVIM organisé par la Branche brésilienne de l'Association de droit international (ADI-Brésil) (Rio de Janeiro, 23-30 juin 2009);
- c) La Conférence internationale sur la CVIM, Université de la Rioja (Logroño, Espagne, 4-7 novembre 2009); et
- d) Un séminaire sur la CVIM à Jakarta coorganisé par UNIDROIT, au cours duquel le Secrétariat a représenté la CNUDCI (Jakarta, 18-20 novembre 2009).

C. Passation de marchés

13. Conformément aux demandes formulées par le Groupe de travail I (Passation de marchés), le Secrétariat a noué des liens avec d'autres organisations s'intéressant à la passation de marchés pour stimuler la coopération, en ce qui concerne notamment les travaux de la CNUDCI en vue de réviser sa Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et de faire connaître et accepter la Loi type aux niveaux aussi bien régional que national²⁸. Le Secrétariat a participé aux activités régionales suivantes:

- a) Une réunion de groupe d'experts sur la passation de marchés, où ont été examinés en particulier les méthodes alternatives de passation des marchés, les critères socioéconomiques, les recours, les accords-cadres et les enchères électroniques inversées et qui a réuni des participants d'Afrique (Nairobi, 29 septembre-1^{er} octobre 2009);
- b) La Conférence sur la passation électronique des marchés publics, à l'invitation de la Banque africaine de développement, de la Banque asiatique de développement, de la Banque interaméricaine de développement et de la Banque mondiale, avec présentation et animation d'une table ronde sur le régime de la passation électronique des marchés publics (Washington D.C., 8-14 novembre 2009);
- c) Un forum de haut niveau sur la passation des marchés publics en Afrique, organisé par la Banque africaine de développement et toutes les principales organisations œuvrant en Afrique pour la réforme et l'harmonisation du droit des marchés publics (Tunis, 16 et 17 novembre 2009); et
- d) Une réunion du Groupe de travail des Banques multilatérales de développement sur la passation électronique des marchés publics consacrée à l'amélioration des compétences de fond et des compétences techniques, tenue à la Banque africaine de développement (Tunis, 1^{er}-4 juin 2009).

14. Le Secrétariat a également participé aux activités suivantes:

- a) Une réunion sur la promotion du renforcement des capacités dans les partenariats entre secteur public et secteur privé, organisée par le PPP Forum en coopération avec l'Équipe de spécialistes de la Commission économique pour l'Europe (CEE) sur les partenariats public-privé (Londres, 12-15 septembre 2009);
- b) Un atelier de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) consacré à l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) (Genève, 11 et 12 février 2010); et

²⁸ Voir documents A/CN.9/575, par. 52 et 67, et A/CN.9/615, par. 14.

c) La Conférence annuelle des chefs des achats (pour l'Organisation des Nations Unies et les institutions apparentées) et le Forum fiduciaire de la Banque mondiale sur la passation des marchés publics (New York/Washington D.C., 1^{er}-5 mars 2010).

15. Le Secrétariat tient aussi régulièrement des séances d'information à l'intention du personnel des bureaux de pays de l'ONUDC sur la manière d'appliquer les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption touchant aux marchés publics en utilisant la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (voir ci-dessous, III. Activités de coordination).

D. Règlement des différends

16. Le Secrétariat s'est attaché à promouvoir l'adoption des textes relatifs à l'arbitrage et à la conciliation en participant à des activités organisées tant à l'échelle régionale qu'avec des pays particuliers, mais aussi à des activités organisées par des institutions d'arbitrage. Les activités au niveau régional sont les suivantes:

a) Participation au cinquième cours de formation spécialisée à la gestion des différends en matière d'investissement pour les pays d'Amérique latine, organisé conjointement par la CNUCED et l'OEA (Santiago, Chili, 12-14 novembre 2009)*;

b) Participation à une table ronde réunissant des experts européens sur l'arbitrage et un représentant de la Commission européenne pour discuter du livre vert publié par la Commission européenne le 21 avril 2009 sur une révision du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; l'objet de la table ronde était d'échanger des points de vue sur la proposition d'inclure l'arbitrage dans le champ d'application d'un Règlement révisé (Bruxelles, 29 juin 2010); et

c) Participation à un colloque organisé par le Conseil national des Barreaux, le Barreau de Paris, la Conférence des Bâtonniers, la Délégation des Barreaux de France, la Chambre nationale des Huissiers de justice ainsi que l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, avec le concours du Ministère français de la justice, sur une proposition de mise en place d'un accord régional pour encourager les investissements et un système d'arbitrage pour l'Union de la Méditerranée (Paris, 30 juin-1^{er} juillet 2009).

17. D'autres activités comprenaient:

a) La présentation d'un exposé à l'Assemblée générale du Centre Belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) (Bruxelles, 11 et 12 juin 2009);

b) La participation à une réunion d'experts concernant le projet de loi vietnamienne sur l'arbitrage commercial, à laquelle ont assisté des représentants du Gouvernement, des experts nationaux et internationaux et des praticiens locaux (Hanoï, 22-26 septembre 2009);

c) La participation au Symposium national sur le droit commercial, organisé par le Comité directeur national du Programme de réforme du droit commercial libérien dans le but de soutenir le Gouvernement libérien dans l'action qu'il mène actuellement s'agissant de ce Programme. L'accent a été mis sur la Loi type de la

CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Monrovia, 28 septembre-3 octobre 2009)*;

d) La présentation d'un exposé à une conférence sur les conventions d'arbitrage conclues par des entités publiques, à l'invitation du Conseil d'État français, et tenue de consultations avec plusieurs autorités publiques françaises (Paris, 29 septembre-2 octobre 2009);

e) La présentation d'un exposé à la conférence sur la conciliation en droit civil et en droit commercial pour aider le Gouvernement italien à adopter une nouvelle loi sur la conciliation conforme à la Loi type de la CNUDCI et à la directive de l'UE sur la médiation (Rome, 22 octobre 2009);

f) La participation au séminaire intitulé "Conventions de New York, européenne et de Panama: ont-elles un avenir?", organisé par la Faculté de droit de l'Université de Miami, et présentation des travaux de la CNUDCI en matière d'arbitrage international, concernant en particulier la Convention de New York (Miami, États-Unis d'Amérique, 30 octobre-2 novembre 2009);

g) La présentation d'un exposé sur la Convention de New York et les textes de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage dans le cadre d'un atelier organisé par le Département américain du commerce pour des hauts fonctionnaires irakiens (Paris, 18 et 19 novembre 2009); et

h) La présentation d'un exposé à l'occasion d'un atelier sur l'arbitrage et la médiation des différends relatifs à la propriété intellectuelle à Guangzhou, conjointement organisé par la CNUDCI, la CNUCED, l'OMPI et l'Université municipale de Hong Kong (CityU), et accueilli par le Guangdong Intellectual Property Office (Guangzhou, Chine, 22-25 novembre 2009).

18. Le Secrétariat a collaboré avec un certain nombre d'institutions et d'organismes d'arbitrage, y compris en tant qu'intervenant au Forum de Singapour sur l'arbitrage international à l'invitation du Singapore International Arbitration Centre (Singapour, 18-23 janvier 2010).

E. Commerce électronique

19. Le Secrétariat a participé à des activités communes avec des gouvernements et des organismes nationaux afin de promouvoir les textes législatifs de la CNUDCI sur le commerce électronique, ainsi qu'à des activités régionales.

20. Les activités régionales comprenaient:

a) La représentation de la CNUDCI à la première session du Comité de l'information, de la science et de la technologie pour le développement (CODIST-I) sur le développement scientifique, l'innovation et l'économie du savoir (Addis-Abeba, 27 avril-1^{er} mai 2009);

b) Dans le contexte de la coopération avec la CNUCED et la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) en vue d'élaborer une législation sur le commerce électronique pour les États membres de la CAE, la participation à un atelier sur les aspects juridiques du commerce électronique organisé par la deuxième Vice-Présidence de la République du Burundi (Bujumbura, 20-25 septembre 2009)*;

c) Conformément à un accord de partenariat conclu avec le secrétariat de la Communauté économique eurasienne (CEEAE) pour coopérer sur la rédaction d'une législation type sur le commerce électronique, en vue de son adoption par les six États membres de la CEEAE, la participation à une session conjointe des commissions permanentes de l'Assemblée interparlementaire de la CEEAE sur les questions de commerce et la coopération internationale et sur la réglementation douanière et la politique en matière de frontières (Minsk, 13-16 octobre 2009), et la participation à un atelier sur la législation relative au commerce électronique organisé par la CEE et la CEEAE (Saint-Pétersbourg, Russie, 19 et 20 novembre 2009);

d) La représentation de la CNUDCI à la Conférence francophone régionale sur le droit des technologies de l'information et de la communication (Hanoï, 18 et 19 novembre 2009); et

e) La participation à la conférence intitulée: "La sécurité des transactions électroniques et l'infrastructure à clef publique (ICP)", organisée par le Groupe de travail "E-certification & Cybersécurité" de l'Organisation arabe des technologies de l'information et de la communication (AICTO) (Tunis, 25-27 janvier 2010).

21. Les autres activités incluaient:

a) La participation à une conférence visant à promouvoir l'adoption par la Corée de la Convention sur les communications électroniques, organisée par la Korea International Trade Law Association (KITLA) et le Ministère coréen de la justice, et la collecte d'informations sur les aspects juridiques de l'utilisation du guichet unique électronique et de titres représentatifs électroniques en Corée dans le cadre de réunions bilatérales avec des institutions coréennes intervenant dans le domaine du commerce électronique (Séoul, 9-13 novembre 2009);

b) La participation au groupe de réflexion juridique du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) (Rome, 27 octobre 2009); et

c) La représentation de la CNUDCI et la présentation d'un exposé à la conférence organisée à l'occasion du trentième anniversaire du Centre de recherche informatique et droit (CRID) de l'Université de Namur (Namur, Belgique, 20-22 janvier 2010).

F. Insolvabilité

22. Le Secrétariat s'est attaché à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes sur l'insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en participant à différentes manifestations internationales. Les activités régionales incluaient:

a) La présentation d'un exposé relatif aux travaux de la CNUDCI sur l'insolvabilité lors du séminaire sur les crises financières mondiales et les réformes du droit de l'insolvabilité et des systèmes de protection des droits des créanciers, organisé par la Chambre de commerce d'Abou Dhabi, l'Hawkamah Institute for Corporate Governance, INSOL, la Banque mondiale et l'OCDE (Abou Dhabi, 26 et 27 mai 2009)*;

b) Une intervention lors du huitième Colloque judiciaire multinational organisé conjointement par la CNUDCI, INSOL et la Banque mondiale (Vancouver, Canada, 20-23 juin 2009)*;

c) La participation à la Conférence régionale d'INSOL sur l'insolvabilité, tenue à Dubaï (Émirats arabes unis), la participation à une table ronde à laquelle ont pris part des praticiens et des représentants de pays d'Afrique afin de discuter du droit de l'insolvabilité et de la réforme dans ce domaine et de la possibilité de convoquer un forum sur ces questions en Afrique et une intervention à la première réunion du Forum on Insolvency Reform in MENA (FIRM) (Dubaï, Émirats arabes unis, 21-23 février 2010); et

d) La participation à la septième conférence du Forum sur la réforme des systèmes de faillite en Asie (FAIR) pour discuter du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et de son application dans le cadre de l'insolvabilité des petites et moyennes entreprises (Delhi, 8 et 9 avril 2010).

23. Les activités menées au niveau national incluaient:

a) La participation à une table ronde avec le Ministry of Corporate Affairs de l'Inde sur la réforme du droit de l'insolvabilité, y compris l'insolvabilité internationale et la Loi type de la CNUDCI, organisée conjointement avec INSOL (Delhi, 27 et 28 avril 2009);

b) La participation au Symposium judiciaire 2009, sur les tendances internationales des procédures d'insolvabilité des entreprises, à l'invitation de la Cour suprême de Corée, conférence organisée pour célébrer le 60^e anniversaire de la Cour suprême, et la participation à une réunion du Groupe de la Cour Suprême sur l'insolvabilité pour traiter de l'insolvabilité internationale (Séoul, 22-27 septembre 2009);

c) La participation à une table ronde sur la réforme du droit de l'insolvabilité, organisée par le Gouvernement ukrainien et le Service-conseil du Groupe de la Banque mondiale pour le climat de l'investissement, au cours de laquelle a été examinée l'utilisation du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Kiev, 15-17 décembre 2009);

d) La participation à la neuvième conférence annuelle sur l'insolvabilité en Nouvelle-Zélande pour présenter une séance sur les évolutions dans le domaine de l'insolvabilité internationale, ainsi que la finalisation du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Auckland, 4 et 5 Mars 2010); et

e) La participation à un programme de formation judiciaire en matière de droit de l'insolvabilité, y compris l'insolvabilité internationale, à l'intention des juges de la High Court, de la District Court, de hauts conseillers juridiques du Gouvernement et de membres de la Delhi Judicial Academy (Delhi, 10 avril 2010).

G. Sûretés

24. Le Secrétariat a participé à une série d'activités visant à diffuser des informations sur la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations

garanties et le projet de supplément au Guide consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles actuellement élaboré par le Groupe de travail VI (Sûretés). Ces activités incluaient:

a) La présidence d'une session du Sous-Comité sur la protection des droits des créanciers de la Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers sur les insolvabilités dans l'industrie de la construction, qui s'est tenue lors de la Conférence annuelle de l'Association internationale du barreau (Madrid, 7 octobre 2009);

b) La présentation d'un exposé, à un séminaire consacré aux droits de propriété intellectuelle et au projet de la CNUDCI concernant les opérations garanties, sur les nouvelles règles et les conséquences pour les prêteurs et les propriétaires et gestionnaires de droits de propriété intellectuelle au Royaume-Uni (Londres, 13-15 octobre 2009); et

c) Une intervention sur les sûretés en temps de crise financière à la Conférence de l'Association grecque pour le droit commercial (Héraklion, Grèce, 22-26 octobre 2009).

H. Aide à la rédaction de textes législatifs

25. Des commentaires ont également été apportés sur plusieurs projets de loi, dont:

a) Une révision en 2009 de la loi serbe sur la faillite, qui contient des dispositions incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (mai 2009);

b) Dans le contexte de la coopération avec la CNUCED et la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) en vue d'élaborer une législation sur le commerce électronique pour les États membres de la CAE (voir *supra*, E. commerce électronique), un examen de la législation ougandaise sur les opérations et les signatures électroniques (juin 2009);

c) Une version révisée de l'Acte uniforme sur les sûretés de l'OHADA, en coopération avec le Service-conseil du Groupe de la Banque mondiale pour le climat de l'investissement (FIAS) afin d'assurer la cohérence avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (septembre 2009);

d) Les dispositions relatives à l'arbitrage commercial dans le projet de code de commerce libérien inspirées de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (octobre 2009);

e) Une révision de la loi vietnamienne sur l'arbitrage, en coopération avec la Maison du droit vietnamo-française (octobre 2009-avril 2010);

f) Le projet de loi sur les marchés publics pour l'Iraq, à la demande de l'ONUDI (novembre-décembre 2009);

g) Un projet de loi sur l'arbitrage pour le Malawi (décembre 2009);

h) Un projet de règlement de médiation dans le cadre de la conciliation intégrée au judiciaire en Papouasie-Nouvelle-Guinée (décembre 2009), à la demande de la Société financière internationale (SFI);

i) Un projet de loi sur la médiation pour la Serbie, à la demande de la SFI (janvier 2010);

j) Un projet de loi sur l'arbitrage pour l'Éthiopie, à la demande de la SFI (janvier 2010); et

k) Un projet de loi sur la médiation pour l'ex-République yougoslave de Macédoine, à la demande de la SFI (avril 2010).

III. Activités de coordination

26. Conformément à son mandat²⁹, le secrétariat de la CNUDCI participe à un certain nombre de groupes de travail et de réunions d'autres organisations ayant des activités dans le domaine du droit commercial international pour faciliter la coordination des travaux en cours.

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

27. Le Secrétariat a participé aux réunions suivantes d'UNIDROIT:

a) Quatre-vingt-huitième session du Conseil de direction d'UNIDROIT (Rome, 20-23 avril 2009); et

b) Conférence diplomatique pour l'adoption d'une Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires (Genève, Suisse, 5-9 octobre 2009).

2. Conférence de La Haye de droit international privé

28. Le Secrétariat a participé au Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (La Haye, 20-22 janvier 2010); et

29. Le Secrétariat a également pris part à la réunion tripartite entre la CNUDCI, UNIDROIT et la Conférence de la Haye (Rome, 8 et 9 juin 2009). Suite aux réunions précédentes entre les secrétariats de la Conférence de La Haye, d'UNIDROIT et de la CNUDCI, un document traitant des liens entre les textes de ces organisations sur les sûretés est en cours d'élaboration pour aider les États envisageant d'appliquer ces textes.

3. Autres organisations

30. D'autres activités de coordination entreprises par le Secrétariat l'ont conduit à formuler des commentaires sur des documents élaborés par d'autres organisations ainsi qu'à participer à plusieurs réunions et, dans certains cas, à y présenter des exposés sur les activités de la CNUDCI. Le Secrétariat a participé aux manifestations et réalisé les activités suivantes:

²⁹ Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

a) Thèmes divers

Le World Legal Forum, pour présenter des exposés sur le règlement international des différends financiers et sur les règles internationales privées et le contrôle public (La Haye, 7 et 8 décembre 2009).

b) Passation de marchés

La Conférence sur la passation électronique des marchés publics, à l'invitation de la Banque africaine de développement, de la Banque asiatique de développement, de la Banque interaméricaine de développement et de la Banque mondiale, pour présenter et animer une table ronde sur le régime de la passation électronique des marchés publics et pour participer à des consultations informelles sur le projet de loi type révisée de la CNUDCI sur la passation des marchés (Washington D.C., 8-14 novembre 2009).

c) Commerce électronique

i) La première réunion de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières incorporant le guichet unique international, pour étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin de formuler un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique (Bruxelles, 8-11 février 2010); et

ii) Formulation de commentaires sur le projet de recommandation 35 du CEFAC-ONU relatif aux guichets uniques électroniques internationaux (mars 2010).

d) Sûretés

i) À la demande du FIAS, formulation de commentaires sur le référentiel (Toolkit) de la Banque mondiale consacré aux opérations garanties (septembre 2009);

ii) La septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-VII), organisée par l'Organisation des États américains (OEA), qui a adopté le Règlement type sur l'enregistrement en vertu de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières (Washington D.C., 7-9 octobre 2009); et

iii) Le troisième Colloque international sur les opérations garanties visant à examiner les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés, colloque qui a permis d'assurer une coordination efficace avec les organisations internationales concernées, dont UNIDROIT, la Banque mondiale et l'OMPI (Vienne, 1^{er}-3 mars 2010).

e) Fraude commerciale

À la demande de la Division des traités de l'ONUUDC et dans le cadre de la coopération de la CNUDCI avec l'ONUUDC sur les questions de fraude commerciale et de corruption, participation à l'atelier sur "l'utilisation de personnes morales par les organisations criminelles comme moyen de posséder légalement le produit des infractions commises par ces dernières" (16 novembre 2009, Palerme, Italie).

IV. Diffusion d'informations

31. Un certain nombre de documents et publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités de coopération et d'assistance techniques, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et ses textes. 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. Toutes les publications récentes sont disponibles sous forme papier et sous forme électronique.

A. Site Web

32. Décliné dans les six langues officielles de l'ONU, le site Web permet d'accéder au texte intégral de la documentation de la CNUDCI et d'autres documents relatifs au travail de cette dernière (publications, informations sur l'état des traités, communiqués de presse, actualités et événements). La plupart des documents officiels sont accessibles via un lien au Système de diffusion électronique des documents (Sédoc), tandis que des documents plus anciens peuvent être obtenus directement sur le site Web de la CNUDCI. La maintenance et le développement du site se font sans frais supplémentaires pour le Secrétariat.

33. En 2009, le site Web de la CNUDCI a accueilli plus d'un million d'internautes de toutes les régions du monde. Environ 60 % d'entre eux consultent les pages en anglais, 25 % celles en français et en espagnol, et les 15 % restants celles en arabe, en chinois et en russe.

34. Le contenu du site Web est continuellement mis à jour et augmenté. En particulier, les documents officiels de la CNUDCI relatifs aux sessions antérieures de la Commission sont continuellement chargés dans le Sédoc et mis à disposition sur le site dans le cadre d'un projet de numérisation des archives de la CNUDCI mené en collaboration avec le Groupe de la gestion des documents de l'ONU à Vienne. En 2009, quelque 120 documents supplémentaires portant sur 1985 ont été mis à disposition sur le site Web de la CNUDCI.

35. De plus, en 2010, la nouvelle interface des sommaires du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI et du Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (version 2008) a été mise en service afin d'adapter et de renforcer la visibilité, l'efficacité et la convivialité du Recueil de jurisprudence.

B. Bibliothèque

36. Depuis sa création en 1979, la Bibliothèque de droit de la CNUDCI aide le personnel du Secrétariat et les participants aux réunions intergouvernementales organisées par la CNUDCI à effectuer des recherches. Elle aide également, dans ce domaine, le personnel des missions permanentes, d'autres organisations sises à Vienne, des chercheurs extérieurs et des étudiants en droit.

37. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et compte actuellement plus de

10 000 monographies, 150 titres de périodiques actifs, des documents de référence juridiques et généraux, y compris des documents de l'ONU autres que ceux de la CNUDCI et des documents d'autres organisations internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Une attention particulière est portée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

38. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI gère un catalogue public accessible en ligne, avec les autres bibliothèques des Nations Unies à Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. Le catalogue est accessible depuis la page "bibliothèque" du site Web de la CNUDCI.

39. Le personnel de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI établit chaque année, pour la Commission, une bibliographie des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI, qui contient des références d'ouvrages, d'articles et de thèses dans diverses langues, classées par sujet (voir document A/CN.9/693). Chaque entrée bibliographique est saisie dans le catalogue, et le texte intégral de tous les documents cités est conservé dans la collection de la Bibliothèque. Les mises à jour mensuelles à compter de la date de la bibliographie annuelle la plus récente sont consultables dans la rubrique "bibliographie" du site Web de la CNUDCI³⁰.

40. En 2009, une version préliminaire de la bibliographie consolidée des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI a été mise en ligne sur le site Web de la CNUDCI³¹. La bibliographie consolidée regroupe toutes les entrées bibliographiques des rapports soumis annuellement à la Commission depuis 1968. Elle contient actuellement plus de 3 500 entrées, reproduites en anglais et dans les langues originales, vérifiées et uniformisées dans la mesure du possible. Sa version finale sera disponible en tant que publication officielle de la CNUDCI.

C. Publications

41. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie traditionnellement deux séries de documents: d'une part, les textes de tous les instruments élaborés par la Commission et, d'autre part, l'*Annuaire* de la CNUDCI. Les publications sont régulièrement utilisées pour les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le Secrétariat, ainsi que par d'autres organisations où les travaux de la CNUDCI sont examinés, et dans le cadre des mesures nationales de réforme de la législation.

42. Le texte officiel de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam") a été publié en 2009. L'*Annuaire* 2005 a été soumis à la publication en 2009 et il est prévu de soumettre les *Annales* 2006 et 2007 avant la quarante-quatrième session. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale et la collection de textes juridiques de la CNUDCI sur CD-ROM seront publiés en 2010.

³⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/bibliography_monthly.html.

³¹ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/publications/bibliography_consolidated.html.

D. Communiqués de presse

43. Afin d'améliorer la disponibilité d'informations récentes sur l'état et l'élaboration des textes de la CNUDCI, des mesures ont été prises pour publier des communiqués de presse lorsque des formalités conventionnelles sont accomplies ou que des informations relatives à l'incorporation 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.

44. Afin d'améliorer l'exactitude et l'actualité des informations reçues concernant l'incorporation des lois types de la CNUDCI, puisque cette incorporation, contrairement aux traités, ne nécessite pas de formalités auprès du Secrétariat de l'ONU, et de faciliter la publication des communiqués de presse, la Commission souhaitera peut-être demander aux États membres d'informer le Secrétariat lorsqu'ils adoptent une législation appliquant une loi type.

E. Demandes générales de renseignements

45. Le Secrétariat traite actuellement 2 000 demandes générales de renseignements par an environ, qui portent notamment sur des aspects techniques et la disponibilité des textes de la CNUDCI, des documents de travail et des documents de la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il y est répondu en se référant au site Web de la CNUDCI.

F. Conférences d'information à Vienne

46. Sur demande, le Secrétariat organise sur site des conférences d'information sur les travaux de la CNUDCI à l'intention d'étudiants et universitaires, de fonctionnaires et d'autres personnes en visite. Depuis le dernier rapport, des conférences ont été organisées à l'intention d'étudiants de premier, deuxième ou troisième cycle d'universités et d'autres établissements d'enseignement d'Allemagne, d'Autriche, des États-Unis d'Amérique et de Corée, d'associations d'étudiants en droit et de fonctionnaires de l'OIT.

V. Ressources et financement

A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

47. Au cours de la période considérée, des contributions ont été reçues du Cameroun et de Singapour, que la Commission voudra peut-être remercier.

48. Les dépenses liées aux activités de coopération et d'assistance techniques ne sont pas financées par le budget ordinaire. Pour pouvoir exécuter les activités d'assistance et de coopération techniques du programme de travail de la CNUDCI, le Secrétariat est donc tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires.

49. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI appuie les activités de coopération et d'assistance techniques menées au profit des membres de

la communauté juridique des pays en développement, en finançant la participation du personnel de la CNUDCI ou d'autres experts aux séminaires où les textes de la CNUDCI sont présentés pour examen et adoption éventuelle ainsi que les missions d'enquête effectuées pour évaluer, dans une optique de réforme, les législations internes existantes et les besoins des pays en matière de réforme du droit commercial.

50. La Commission voudra peut-être noter que, malgré les efforts du Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières qui restent dans le Fonds d'affectation suffiront uniquement à continuer de financer un nombre très restreint d'activités de coopération et d'assistance techniques. Certaines ressources restent disponibles malgré les dépenses prévues pour 2009 car l'on s'est efforcé d'organiser les activités de coopération et d'assistance techniques demandées au moindre coût possible et, autant que faire se peut, par cofinancement et partage des coûts. Une fois ces ressources épuisées, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devront être déclinées à moins que le Fonds d'affectation ne reçoive de nouveaux dons ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

51. La Commission voudra peut-être demander à nouveau à tous les États, aux organismes et organes des Nations Unies concernés, aux organisations internationales et aux autres entités intéressées de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale, si possible sous une forme pluriannuelle, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre aux demandes de coopération et d'assistance techniques et d'élaborer un programme d'assistance technique plus suivi et davantage inscrit dans la durée. La Commission pourrait également demander aux États membres d'aider le Secrétariat à identifier des sources de financement au sein de leur gouvernement.

B. Fonds d'affectation spéciale créé pour octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

52. Au cours de la période considérée, aucune contribution n'a été reçue.

53. La Commission voudra peut-être rappeler que, dans la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales.

54. Afin d'assurer la participation de tous les États membres aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission voudra peut-être engager de nouveau les organismes concernés des Nations Unies, les organisations et les institutions, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la Commission.

55. 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.

A/CN.9/695/Add.1 (Original: anglais)**Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques**

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1
II. Activités de coopération et d'assistance techniques	2-12
III. Activités de coordination	13
IV. Diffusion d'informations	14-17

I. Introduction

1. La présente note du Secrétariat doit être lue avec le document A/CN.9/695 dans lequel sont décrites les activités de coopération et d'assistance techniques menées par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam")¹ a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 2008². En application de cette résolution de l'Assemblée générale, la Convention a été ouverte à la signature le 23 septembre 2009. Étant la dernière convention issue des travaux de la CNUDCI à être adoptée, et conformément à la résolution 64/111 de l'Assemblée générale, en date du 15 janvier 2010, dans laquelle l'Assemblée a souligné l'importance de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission, c'est sur les Règles de Rotterdam que le Secrétariat a axé ses activités de coopération et d'assistance techniques durant l'année écoulée. La présente note vise à exposer ces activités plus en détail à la Commission. Celles qui sont signalées par un astérisque ont été financées par le Fonds d'affectation spécial pour les colloques de la CNUDCI.

II. Activités de coopération et d'assistance techniques**1. Cérémonie de signature et colloque**

2. En coordination avec les hôtes de la cérémonie de signature, le Secrétariat a participé à la planification de tous les aspects de cet événement, y compris la mise en place du site Web de l'hôte néerlandais, la préparation de la documentation, les procédures de vérification des pouvoirs et d'enregistrement, et la planification et

¹ New York, 11 décembre 2008, résolution A/RES/63/122 de l'Assemblée générale, annexe.

² Résolution 63/122 de l'Assemblée générale.

l'élaboration de la stratégie de communication ainsi que l'élaboration d'une documentation destinée à la presse.

3. Avant la cérémonie de signature, un colloque international consacré à la Convention s'est tenu les 21 et 22 septembre à Rotterdam, sous les auspices de la CNUDCI et du Comité maritime international (CMI). Le Secrétariat a participé à l'élaboration du programme de ce colloque en veillant à ce que les principales questions soulevées par les Règles de Rotterdam soient envisagées et à ce que les intervenants soient représentatifs des différentes régions géographiques et des divers systèmes juridiques. Des documents ont été présentés par certains des meilleurs spécialistes des transports maritimes et, grâce aux efforts du Secrétariat et d'autres, ils ont été mis en ligne et à la disposition du public immédiatement après la cérémonie³.

4. La cérémonie de signature des Règles de Rotterdam a été un succès, 16 États ayant signé la Convention le premier jour, ce qui représente le plus grand nombre de signatures recueillies le premier jour de son ouverture à la signature par une convention négociée sous les auspices de la CNUDCI. Les premiers signataires étaient les États suivants: Congo, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Gabon, Ghana, Grèce, Guinée, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Sénégal, Suisse et Togo. À la date de la présente note, 21 États représentant plus de 25 % en volume du commerce mondial avaient signé la Convention⁴.

2. Activités de pays

5. Le Secrétariat a mené des activités dans un grand nombre de pays pour mieux faire connaître la Convention et annoncer la cérémonie de signature, répondre à des demandes de renseignements concernant la participation à cette cérémonie, à des questions générales relatives au texte de la Convention et à des questions plus précises sur les Règles de Rotterdam.

3. Activités régionales

6. Pour que son action ait l'impact maximum pour le moindre coût, le Secrétariat a initialement, pour promouvoir les Règles de Rotterdam, adopté une approche régionale. Certaines régions n'étant pas aussi régulièrement et activement représentées que d'autres au sein du Groupe de travail sur le droit des transports, le secrétariat de la CNUDCI s'est attaché à organiser des événements dans les régions ayant eu moins d'occasions de se familiariser avec la Convention.

Événements planifiés par d'autres organisations

7. Dans certains cas, le Secrétariat a participé à des événements conçus par d'autres organisations pour faire mieux connaître la Convention, donner des informations sur l'évolution récente en la matière, coordonner son action avec celle d'autres organisations actives dans le domaine des transports et répondre aux questions qui pouvaient être posées. On peut citer à cet égard les activités suivantes:

³ Voir <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=text-speakers-rotterdam-rules-2009> (consulté pour la dernière fois à la date de la présente note).

⁴ Renseignements provenant de la publication des Nations Unies intitulée *2008 International Trade Statistics Yearbook*.

a) Un congrès international sur les Règles de Rotterdam organisé par l'Université Carlos III à Madrid, les 17 et 18 septembre 2009, en anglais, espagnol et français, principalement destiné aux pays hispanophones et africains;

b) Une réunion d'experts du Symposium international sur les transports maritimes et l'économie maritime dans les pays de l'Afrique centrale et de l'Ouest, organisée en collaboration avec l'Organisation maritime de l'Afrique de l'Ouest et du Centre à Cotonou (Bénin), du 28 septembre au 2 octobre 2009;

c) La deuxième session de la Conférence des ministres responsables des transports maritimes de l'Union africaine, tenue à Durban (Afrique du Sud), du 12 au 16 octobre 2009, lors de laquelle les représentants d'États qui n'avaient pas encore signé la Convention ni participé à sa négociation, notamment le Burundi, la Somalie et le Cap-Vert, ont manifesté leur intérêt pour ce texte;

d) La septième conférence internationale sur le droit maritime de l'Association chinoise pour le droit maritime qui a porté partiellement sur les Règles de Rotterdam (Shanghai, Chine, 13-15 novembre 2009); et

e) Le dix-huitième Forum économique et environnemental de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, tenu à Vienne, les 1^{er} et 2 février 2010 sur le thème "Promotion de la bonne gouvernance aux postes frontières, amélioration de la sécurité des transports terrestres et facilitation des transports internationaux routiers et ferroviaires dans la région de l'OSCE".

8. Le Secrétariat sera également représenté aux événements de ce type ci-après:

a) La conférence internationale intitulée "Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes du XXI^e siècle?" devant se tenir à Marseille (France) les 20 et 21 mai 2010 et organisée par l'Institut méditerranéen des transports maritimes et le Centre de droit maritime et des transports;

b) Une conférence internationale sur les Règles de Rotterdam qui se tiendra à l'université Koç d'Istanbul (Turquie), les 6 et 7 mai 2010; et

c) La deuxième partie du dix-huitième Forum économique et environnemental de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, sur le thème "Promotion de la bonne gouvernance aux postes frontières, amélioration de la sécurité des transports terrestres et facilitation des transports internationaux routiers et ferroviaires dans la région de l'OSCE", devant se tenir à Prague du 24 au 26 mai 2010.

9. Le Secrétariat s'est aussi attaché à mieux faire connaître la Convention en fournissant des documents d'information et des présentations sur les Règles de Rotterdam aux orateurs participant au nom de la CNUDCI à des réunions consacrées à d'autres sujets (participation à un séminaire à l'intention de fonctionnaires coorganisé par UNIDROIT à Jakarta (Indonésie), du 18 au 20 novembre 2009), ou à des réunions sur les transports (comme la réunion de l'Association slovène de droit maritime, tenue en Slovénie, le 5 mars 2010).

10. Lorsqu'il n'a pas été possible d'envoyer un représentant de la CNUDCI à une réunion ou conférence particulière, le Secrétariat a fait le nécessaire pour qu'une représentation appropriée y assure la promotion des Règles de Rotterdam (par exemple, lors de la réunion du Conseil des chargeurs européens qui s'est tenue à Anvers le 22 juin 2010, ou avant et pendant la réunion du Comité des transports

maritimes de la Chambre de commerce international tenue le 27 mai 2009 et lors de laquelle le Comité a examiné la position officielle de la Chambre sur les Règles de Rotterdam.

Événements organisés par le Secrétariat ou en coordination avec lui

11. Dans le cadre de certaines activités régionales, le Secrétariat a fait plus que mener une action de sensibilisation, et il a conçu avec des partenaires locaux un programme axé sur les questions intéressant la région et les participants potentiels. Il s'est aussi assuré le concours des orateurs nécessaires pour les événements concernés, a élaboré des présentations et rendu compte de l'évolution récente de la situation en répondant aux questions et ainsi qu'en fournissant des documents d'information aux médias. Il s'agit des événements suivants:

a) La troisième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime, qui avait pour thème "Rotterdam Rules 2009: Uniformity versus Diversity of the Law of Carriage of Goods by Sea", tenue à Alexandrie (Égypte) du 17 au 19 avril 2009 et organisée en collaboration avec l'Association arabe pour le droit maritime et commercial, l'Académie arabe des sciences, des technologies et des transports maritimes et le CMI;

b) Un séminaire international pour l'Afrique centrale et de l'Ouest organisé sur le thème "Les Règles de Rotterdam: Quel apport pour l'Afrique?" à Yaoundé (Cameroun), les 18 et 19 mars 2010*, sous le patronage du Premier Ministre et en coopération avec le Conseil national des chargeurs du Cameroun, l'Union des conseils des chargeurs africains et le CMI, et auquel ont participé des représentants d'environ 15 États de la région;

c) Intervention lors d'une manifestation spéciale organisée en collaboration avec le Shanghai International Shipping Institute à Shanghai (Chine), le 16 novembre 2009; et

d) Organisation de la participation de la CNUDCI à l'Atelier de la Ligue arabe sur les Règles de Rotterdam, tenu à Alexandrie (Égypte), les 2 et 3 février 2010.

4. Événements régionaux futurs

12. Des événements régionaux sont prévus pour permettre au Secrétariat d'étendre ses activités à des régions où aucun événement n'a encore été organisé. Des événements sont ainsi en train d'être organisés pour l'Amérique du Sud, les États du golfe Persique, l'Afrique de l'Ouest, l'Amérique centrale, les États membres de l'OSCE⁵ et l'Afrique australe et orientale.

* Participation d'un membre du Secrétariat financée par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

⁵ Dix des 56 États participants de l'OSCE ont déjà signé les Règles de Rotterdam (Arménie, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Norvège, Pays-Bas, Pologne et Suisse) et le Secrétariat a été invité à élaborer une proposition de projet en vue d'un séminaire sur les Règles de Rotterdam à l'intention de tous les États participants de l'OSCE.

III. Activités de coordination

13. Dans l'exercice de ses activités, le secrétariat de la CNUDCI a également consulté une large gamme de parties intéressées et collaboré avec elles, notamment des gouvernements, des organisations internationales gouvernementales, des organisations non gouvernementales, des représentants des milieux d'affaires et des universitaires. Il a notamment mené les activités de coordination qui suivent:

a) Le Secrétariat a fait un exposé sur la Convention et participé à une réunion du Groupe de travail du transport intermodal et de la logistique de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU, tenue à Genève (Suisse), les 12 et 13 octobre 2009 dans le cadre de l'examen par cet organe de l'opportunité d'élaborer un instrument européen sur le transport multimodal;

b) Le Secrétariat a adressé des exemplaires des Règles de Rotterdam, accompagnées d'une lettre d'explication, à la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique de l'ONU, afin que celle-ci les distribue aux participants à son Forum des ministres asiatiques des transports organisé à Bangkok (Thaïlande), du 14 au 18 décembre 2009;

c) Le Secrétariat a aidé le Bimco (Conseil maritime baltique et international) dans les efforts que fait celui-ci pour contacter les décideurs de ses principaux États membres (Allemagne, Belgique, Chine, Chypre, Danemark, Émirats arabes unis, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Inde, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Suisse et Turquie) afin de les encourager à signer et ratifier les Règles de Rotterdam en temps voulu;

d) Comme on l'a noté (voir par. 3, 11 et 14), le Secrétariat a organisé en coopération avec le CMI plusieurs événements auxquels il a participé, et il entend poursuivre sur cette voie; et

e) Le Secrétariat a, en coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), contribué à la promotion de la Convention par la publication d'un volume spécial de la Revue du droit uniforme d'UNIDROIT contenant des articles sur les Règles de Rotterdam⁶.

IV. Diffusion d'informations

1. Site Web

14. Comme la Commission l'a noté à sa dernière session⁷, face à l'augmentation rapide du volume d'informations et d'opinions publiées sur les Règles de Rotterdam, la page de son site Web consacrée à celles-ci a été étoffée pour proposer une sélection de documents, y compris un fichier balado-informatif (podcast), et des liens vers d'autres sites Web contenant des informations sur la Convention. Le Secrétariat a continué à enrichir ces ressources et elles comprennent maintenant un lien vers le texte des allocutions prononcées lors du colloque ayant précédé la

⁶ *Revue de droit uniforme*, NS – vol. XIV, 2009-4.

⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 325.

cérémonie de signature ainsi qu'un lien vers un document contenant des questions et des réponses détaillées, rédigées par le CMI en collaboration avec le Secrétariat à la lumière de certaines préoccupations exprimées en ce qui concerne la Convention.

2. Publications

15. Le Secrétariat a établi un certain nombre de publications de types divers pour promouvoir les Règles de Rotterdam. Outre les nombreux documents et présentations établis pour les conférences susmentionnées, un chapitre d'un livre qui doit être publié et une liste d'articles écrits et publiés par le Secrétariat dans des magazines et des revues juridiques figurent dans le document A/CN.9/693. De plus, une fois la quarante-deuxième session de la Commission achevée en 2009, le texte des Règles de Rotterdam lui-même a été publié en temps voulu pour pouvoir être distribué lors de la cérémonie de signature, le 23 septembre 2009.

3. Communiqués de presse

16. Le Secrétariat a publié des communiqués de presse dans le cadre de ses activités de coopération et d'assistance technique concernant les Règles de Rotterdam. Outre qu'il a élaboré la stratégie de communication avec la presse, des documents d'information et des communiqués de presse pour le colloque et la cérémonie de signature de la Convention en coordination avec les hôtes néerlandais et le Service d'information de l'ONU⁸, il s'est efforcé d'utiliser la presse pour maintenir la mobilisation en faveur de la signature des Règles de Rotterdam et d'autres mesures conventionnelles. C'est ainsi qu'il a établi un communiqué de presse à l'occasion de la vingtième signature de la Convention⁹. Il a aussi fait traduire certains communiqués de presse importants concernant la Convention dans des langues autres que l'anglais pour toucher un public plus large. Par ailleurs, le secrétariat de la CNUDCI a fait en sorte que d'autres événements clefs marquant un progrès dans l'entrée en vigueur de la Convention soient signalés au public par des communiqués de presse; c'est ainsi que l'information selon laquelle la Déclaration d'Alexandrie, adoptée lors de l'Atelier de la Ligue arabe sur les Règles de Rotterdam (voir par. 11 d)), ci-dessus, recommande que les pays de la Ligue arabe signent conjointement la Convention¹⁰ a été reprise par plusieurs organes de presse importants¹¹.

17. Le Secrétariat a utilisé d'autres moyens de communication dans ses activités de promotion des Règles de Rotterdam. Plusieurs podcasts sont disponibles sur la page du site Web de la CNUDCI consacrée aux Règles de Rotterdam, notamment un

⁸ Voir, par exemple, le communiqué UNIS/L/132 du 18 septembre 2009 (<http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2009/unis1132.html>), la fiche récapitulative UNIS/L/131 du 18 septembre 2009 et <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=press> (page consultée pour la dernière fois à la date de la présente note).

⁹ "Rotterdam Rules Gain Momentum as 20th State Signs", UNIS/L/133, 23 octobre 2009, <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2009/unis1133.html>.

¹⁰ <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/ArabPressReleaseRR.pdf> (page consultée pour la dernière fois à la date de la présente note).

¹¹ Voir Lloyd's List, par exemple, 5 février 2010, ou <http://www.lloydslist.com/ll/news/arab-league-states-urged-to-sign-rotterdam-rules/1265284130439.htm;jsessionid=F6ABB8CD907A88B4171EA9DD8BC55BC6.5d25bd3d240cca6cbee6afc8c3b5655190f397f> (page consultée pour la dernière fois à la date de la présente note).

aperçu général de la Convention et un débat qui a lieu après la cérémonie de signature¹². De plus, le Secrétariat a élaboré, en coordination avec l'European Company Lawyers' Association un podcast pour expliquer les grandes lignes des Règles de Rotterdam.

¹² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html
(page consultée pour la dernière fois à la date de la présente note).

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types (A/CN.9/694)

[Original: anglais]

1. À sa treizième session, en 1980, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé¹ qu'elle examinerait, à chacune de ses sessions, l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti.

2. La présente note indique l'état des conventions et lois types issues des travaux de la Commission. Elle indique également l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères² qui, bien qu'ayant été adoptée avant la création de la Commission, est étroitement liée aux travaux que mène cette dernière dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

3. La note indique les changements intervenus depuis le 14 mai 2009, date à laquelle a été publié le dernier rapport annuel sur la question (A/CN.9/674). Les renseignements qu'elle renferme sont à jour au 26 mai 2010. Les renseignements sur l'état des conventions et des lois types sont régulièrement actualisés sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org>). Des renseignements autorisés sur l'état des traités déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies peuvent être obtenus en contactant la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation (tél.: (+1-212) 963-5047; télécopie: (+1-212) 963-3693; courriel: treaty@un.org; site Web: <http://treaties.un.org>).

4. La note porte sur les traités et lois types énumérés ci-après et signale, à partir des informations reçues depuis le dernier rapport, les nouveaux actes accomplis en rapport avec ces traités (le terme générique "acte" désigne ici le dépôt d'instruments de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion concernant un traité, la participation à un traité par suite d'un acte accompli en rapport avec un traité connexe, ou encore le retrait ou la modification d'une déclaration ou d'une réserve) et les nouveaux textes législatifs adoptés sur la base de ces lois types:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)³ [non modifiée] (nombre d'États parties: 28);

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)⁴ (nombre d'États parties: 20);

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 163.

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

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 Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.13.

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)⁵ (nombre d'États parties: 34);

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)⁶. Nouvel acte: Albanie (ratification); nombre d'États parties: 74;

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988 (New York)⁷ (La Convention compte 5 dépôts d'instrument; 10 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991 (Vienne)⁸ (La Convention compte quatre dépôts d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995 (New York)⁹ (nombre d'États parties: 8);

h) Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001 (New York)¹⁰ (La Convention compte un dépôt d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

i) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (New York)¹¹ (Trois dépôts d'instrument sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

j) Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (Rotterdam)¹². Nouveaux actes: Arménie, Cameroun, Congo, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Gabon, Ghana, Grèce, Guinée, Madagascar, Mali, Niger, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Sénégal, Suisse et Togo (signatures). Vingt dépôts d'instrument sont requis pour qu'elle entre en vigueur;

k) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)¹³. Nouvel acte: ex-République yougoslave de Macédoine (retrait de réserve); nombre d'États parties: 144;

l) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)¹⁴ avec les amendements adoptés en 2006¹⁵ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Honduras (2000); adoption de nouveaux textes législatifs

⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

⁸ *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.

⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

¹⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

¹¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

¹² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

¹³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

¹⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

¹⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

fondés sur la Loi type amendée en 2006: États-Unis d'Amérique, État de Floride (2010), Irlande (2010) et Rwanda (2008));

m) Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)¹⁶;

n) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)¹⁷ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Arménie (2005) et Géorgie (1999));

o) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)¹⁸ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Iran (République islamique d') (2004) et Jamaïque (2006));

p) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)¹⁹ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Canada (2009) et Maurice (2009));

q) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)²⁰ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Jamaïque (2006); adoption d'un texte législatif s'inspirant des principes sur lesquels est fondée la Loi type: Inde (2009));

r) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)²¹ (adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type: Albanie (2003), Honduras (2000) et, aux États-Unis d'Amérique, Vermont, Idaho, Dakota du Sud et Utah, ainsi que district de Columbia).

I. Participation aux conventions

A. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)^a

État ^b	Signature	Ratification, adhésion, succession ou participation aux termes de l'article XI du Protocole du 11 avril 1980 ^c	Entrée en vigueur
Argentine		9 octobre 1981 ^d	1 ^{er} août 1988
Bélarus	14 juin 1974	23 janvier 1997 ^e	1 ^{er} août 1997
Belgique		1 ^{er} août 2008 ^d	1 ^{er} mars 2009
Bosnie-Herzégovine		12 janvier 1994 ^f	6 mars 1992
Bésil	14 juin 1974		
Bulgarie	24 février 1975		
Burundi		4 septembre 1998 ^d	1 ^{er} avril 1999
Costa Rica	30 août 1974		
Cuba		2 novembre 1994 ^e	1 ^{er} juin 1995
Égypte		6 décembre 1982 ^e	1 ^{er} août 1988
États-Unis d'Amérique		5 mai 1994 ^d	1 ^{er} décembre 1994

¹⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

¹⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

¹⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

¹⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

²⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

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

État ^b	Signature	Ratification, adhésion, succession ou participation aux termes de l'article XI du Protocole du 11 avril 1980 ^c	
			Entrée en vigueur
Fédération de Russie ⁱ	14 juin 1974		
Ghana	5 décembre 1974	7 octobre 1975	1 ^{er} août 1988
Guinée		23 janvier 1991 ^d	1 ^{er} août 1991
Hongrie	14 juin 1974	16 juin 1983	1 ^{er} août 1988
Libéria		16 septembre 2005 ^d	1 ^{er} avril 2006
Mexique		21 janvier 1988 ^d	1 ^{er} août 1988
Moldova		28 août 1997 ^e	1 ^{er} mars 1998
Mongolie	14 juin 1974		
Monténégro		23 octobre 2006 ^f	3 juin 2006
Nicaragua	13 mai 1975		
Norvège ^h	11 décembre 1975	20 mars 1980	1 ^{er} août 1988
Ouganda		12 février 1992 ^d	1 ^{er} septembre 1992
Paraguay		18 août 2003 ^d	1 ^{er} mars 2004
Pologne	14 juin 1974	19 mai 1995	1 ^{er} décembre 1995
République dominicaine		23 décembre 1977 ^d	1 ^{er} août 1988
République tchèque ^g		30 septembre 1993 ^f	1 ^{er} janvier 1993
Roumanie		23 avril 1992 ^d	1 ^{er} novembre 1992
Serbie ^j		12 mars 2001 ^f	27 avril 1992
Slovaquie ^g		28 mai 1993 ^f	1 ^{er} janvier 1993
Slovénie		2 août 1995 ^e	1 ^{er} mars 1996
Ukraine	14 juin 1974	13 septembre 1993	1 ^{er} avril 1994
Uruguay		1 ^{er} avril 1997 ^d	1 ^{er} novembre 1997
Zambie		6 juin 1986 ^e	1 ^{er} août 1988

Nombre d'États parties: 28

^a La Convention a été conclue en anglais, chinois, espagnol, français et russe, chacune de ces langues faisant foi. Le 11 août 1992, le Secrétaire général, en réponse à une demande de la CNUDCI, a distribué une proposition tendant à ce qu'une version en arabe de la Convention, faisant également foi, soit adoptée. Aucune objection n'ayant été soulevée, le texte arabe a été considéré comme adopté le 9 novembre 1992, et fait foi au même titre que les textes dans les autres langues dont fait mention la Convention.

^b La Convention a été signée le 14 juin 1974 par l'ex-République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 31 août 1989; elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1990.

^c Aux termes de l'article XI du Protocole, tout État qui devient partie contractante à la Convention telle que modifiée par le Protocole et qui n'adresse pas de notification en sens contraire au dépositaire est considéré comme étant également partie contractante à la Convention non modifiée dans ses rapports avec toute partie contractante à cette dernière convention qui n'est pas devenue partie contractante au Protocole.

^d Adhésion.

^e Participation.

^f Succession.

^g L'ex-Tchécoslovaquie a signé la Convention le 29 août 1975 et a déposé un instrument de ratification le 26 mai 1977; la Convention est entrée en vigueur, pour l'ex-Tchécoslovaquie, le 1^{er} août 1988. Le 28 mai et le 30 septembre 1993, respectivement, la Slovaquie et la République tchèque ont déposé des instruments de succession, avec effet à compter du 1^{er} janvier 1993, date de succession des deux États.

^h Déclarations et réserves. Au moment de la signature, la Norvège a déclaré qu'en vertu de l'article 34, la Convention ne régirait pas les contrats de vente conclus entre un vendeur et un acheteur ayant tous deux leur établissement sur le territoire des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), déclaration qu'elle a confirmée au moment de la ratification.

- ⁱ La Fédération de Russie a succédé, le 24 décembre 1991, à l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies et assume depuis cette date tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.
- ^j L'ex-Yougoslavie a adhéré à la Convention le 27 novembre 1978. Le 12 mars 2001, l'ex-République fédérale de Yougoslavie a fait la déclaration suivante:
 “Le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie, ayant examiné [la Convention], succède à cette même convention et s'engage formellement à en remplir les conditions y stipulées à partir du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie a assumé la responsabilité de ses relations internationales.”

B. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)^a

<i>État^b</i>	<i>Adhésion, succession ou participation aux termes de l'article VIII ou X^c du Protocole du 11 avril 1980^d</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Argentine	19 juillet 1983 ^e	1 ^{er} août 1988
Bélarus	23 janvier 1997 ^e	1 ^{er} août 1997
Belgique	1 ^{er} août 2008 ^e	1 ^{er} mars 2009
Cuba	2 novembre 1994 ^e	1 ^{er} juin 1995
Égypte	6 décembre 1982 ^e	1 ^{er} août 1988
États-Unis d'Amérique ^g	5 mai 1994 ⁱ	1 ^{er} décembre 1994
Guinée	23 janvier 1991 ^e	1 ^{er} août 1991
Hongrie	16 juin 1983 ^e	1 ^{er} août 1988
Libéria	16 septembre 2005 ⁱ	1 ^{er} avril 2006
Mexique	21 janvier 1988 ^e	1 ^{er} août 1988
Moldova	28 août 1997 ^e	1 ^{er} mars 1998
Ouganda	12 février 1992 ⁱ	1 ^{er} septembre 1992
Paraguay	18 août 2003 ^e	1 ^{er} mars 2004
Pologne	19 mai 1995 ⁱ	1 ^{er} décembre 1995
République tchèque ^{f, g}	30 septembre 1993 ^h	1 ^{er} janvier 1993
Roumanie	23 avril 1992 ⁱ	1 ^{er} novembre 1992
Slovaquie ^f	28 mai 1993 ^h	1 ^{er} janvier 1993
Slovénie	2 août 1995 ⁱ	1 ^{er} mars 1996
Uruguay	1 ^{er} avril 1997 ⁱ	1 ^{er} novembre 1997
Zambie	6 juin 1986 ^e	1 ^{er} août 1988

Nombre d'États parties: 20

^a Le texte de la Convention, tel que modifié par le Protocole, a été établi par le Secrétaire général, conformément à l'article XIV du Protocole.

^b La République démocratique allemande participait à la Convention du fait de son adhésion au Protocole, le 31 août 1989.

^c Conformément au paragraphe 1 de l'article VIII du Protocole, ce dernier est ouvert à l'adhésion de tous les États.

Conformément au paragraphe 2 de l'article VIII du Protocole, l'adhésion au Protocole par un État qui n'est pas partie contractante à la Convention de 1974 a l'effet d'une adhésion à la Convention telle que modifiée par le Protocole, sous réserve des dispositions de l'article XI du Protocole. Conformément à l'article X du Protocole, si un État ratifie la Convention de 1974 ou y adhère après l'entrée en vigueur du Protocole, cette ratification ou cette adhésion constitue également une ratification de la Convention modifiée ou une adhésion à ladite Convention à condition que l'État adresse au depositaire une notification à cet effet.

^d Pour savoir lesquels des États ci-dessus sont parties au Protocole de 1980, prière de contacter la Section des traités qui assume les fonctions de dépositaire du Protocole (voir par. 4 ci-dessus).

^e Adhésion.

^f La Tchécoslovaquie participait à la Convention et au Protocole du fait de son adhésion au Protocole, le 5 mars 1990.

^g Déclarations et réserves. Au moment de l'adhésion, les États-Unis d'Amérique et la Tchécoslovaquie ont déclaré qu'en vertu de l'article XII ils ne se considéraient pas comme liés par l'article I.

^h Succession.

ⁱ Participation.

C. Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)

<i>État</i>	<i>Signature ou succession</i>	<i>Ratification, adhésion ou succession</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Albanie		20 juillet 2006 ^a	1 ^{er} août 2007
Allemagne	31 mars 1978		
Autriche	30 avril 1979	29 juillet 1993	1 ^{er} août 1994
Barbade		2 février 1981 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Botswana		16 février 1988 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Brésil	31 mars 1978		
Burkina Faso		14 août 1989 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Burundi		4 septembre 1998 ^a	1 ^{er} octobre 1999
Cameroun		21 octobre 1993 ^a	1 ^{er} novembre 1994
Chili	31 mars 1978	9 juillet 1982	1 ^{er} novembre 1992
Danemark	18 avril 1979		
Égypte	31 mars 1978	23 avril 1979	1 ^{er} novembre 1992
Équateur	31 mars 1978		
États-Unis d'Amérique	30 avril 1979		
Finlande	18 avril 1979		
France	18 avril 1979		
Gambie		7 février 1996 ^a	1 ^{er} mars 1997
Géorgie		21 mars 1996 ^a	1 ^{er} avril 1997
Ghana	31 mars 1978		
Guinée		23 janvier 1991 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Hongrie	23 avril 1979	5 juillet 1984	1 ^{er} novembre 1992
Jordanie		10 mai 2001 ^a	1 ^{er} juin 2002
Kazakhstan		18 juin 2008 ^a	1 ^{er} juillet 2009
Kenya		31 juillet 1989 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Lesotho		26 octobre 1989 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Liban		4 avril 1983 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Libéria		16 septembre 2005 ^a	1 ^{er} octobre 2006
Madagascar	31 mars 1978		
Malawi		18 mars 1991 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Maroc		12 juin 1981 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Mexique	31 mars 1978		
Nigéria		7 novembre 1988 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Norvège	18 avril 1979		
Ouganda		6 juillet 1979 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Pakistan	8 mars 1979		
Panama	31 mars 1978		
Paraguay		19 juillet 2005 ^a	1 ^{er} août 2006
Philippines	14 juin 1978		
Portugal	31 mars 1978		

<i>État</i>	<i>Signature ou succession</i>	<i>Ratification, adhésion ou succession</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
République arabe syrienne		16 octobre 2002 ^a	17 octobre 2003
République démocratique du Congo	19 avril 1979		
République dominicaine		28 septembre 2007 ^a	1 ^{er} octobre 2008
République tchèque ^{b, c}	2 juin 1993 ^d	23 juin 1995	1 ^{er} juillet 1996
République-Unie de Tanzanie		24 juillet 1979 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Roumanie		7 janvier 1982 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Saint-Siège	31 mars 1978		
Saint-Vincent-et-les Grenadines		12 septembre 2000 ^a	1 ^{er} octobre 2001
Sénégal	31 mars 1978	17 mars 1986	1 ^{er} novembre 1992
Sierra Leone	15 août 1978	7 octobre 1988	1 ^{er} novembre 1992
Singapour	31 mars 1978		
Slovaquie ^b	28 mai 1993 ^d		
Suède	18 avril 1979		
Tunisie		15 septembre 1980 ^a	1 ^{er} novembre 1992
Venezuela (République bolivarienne du)	31 mars 1978		
Zambie		7 octobre 1991 ^a	1 ^{er} novembre 1992

Nombre d'États parties: 34

^a Adhésion.

^b L'ex-Tchécoslovaquie a signé la Convention le 6 mars 1979. Au moment de la signature, elle avait communiqué, en vertu de l'article 26, la formule utilisée pour convertir en monnaie nationale les montants correspondant aux limites de responsabilité visés au paragraphe 2 dudit article, ainsi que lesdits montants applicables sur le territoire de la Tchécoslovaquie, exprimés en monnaie nationale.

Le 28 mai 1993 et le 2 juin 1993, respectivement, la Slovaquie et la République tchèque ont déposé leurs instruments de succession à la signature; la République tchèque a déposé son instrument de ratification le 23 juin 1995.

^c Déclarations et réserves (à l'exclusion d'autres réserves et déclarations de nature politique). Lors de la ratification, la République tchèque a retiré la déclaration visée à la note b ci-dessus qui avait été faite par l'ex-Tchécoslovaquie et a déclaré que les limites de la responsabilité du transporteur sur le territoire de la République tchèque étaient conformes aux dispositions de l'article 6 de la Convention.

^d Succession.

D. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification, adhésion, approbation, acceptation ou succession</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Albanie		13 mai 2009 ^b	1 ^{er} juin 2010
Allemagne ^{l, m}	26 mai 1981	21 décembre 1989	1 ^{er} janvier 1991
Argentine ^a		19 juillet 1983 ^b	1 ^{er} janvier 1988
Arménie ^{a, i}		2 décembre 2008 ^b	1 ^{er} janvier 2010
Australie ^r		17 mars 1988 ^b	1 ^{er} avril 1989
Autriche	11 avril 1980	29 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
Bélarus ^a		9 octobre 1989 ^b	1 ^{er} novembre 1990
Belgique		31 octobre 1996 ^b	1 ^{er} novembre 1997

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification, adhésion, approbation, acceptation ou succession</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Bosnie-Herzégovine		12 janvier 1994 ^c	6 mars 1992
Bulgarie		9 juillet 1990 ^b	1 ^{er} août 1991
Burundi		4 septembre 1998 ^b	1 ^{er} octobre 1999
Canada ^d		23 avril 1991 ^b	1 ^{er} mai 1992
Chili ^a	11 avril 1980	7 février 1990	1 ^{er} mars 1991
Chine ^{a, i}	30 septembre 1981	11 décembre 1986 ^f	1 ^{er} janvier 1988
Chypre		7 mars 2005 ^b	1 ^{er} avril 2006
Colombie		10 juillet 2001 ^b	1 ^{er} août 2002
Croatie ^g		8 juin 1998 ^c	8 octobre 1991
Cuba		2 novembre 1994 ^b	1 ^{er} décembre 1995
Danemark ^{e, j}	26 mai 1981	14 février 1989	1 ^{er} mars 1990
Égypte		6 décembre 1982 ^b	1 ^{er} janvier 1988
El Salvador		27 novembre 2006 ^b	1 ^{er} décembre 2007
Équateur		27 janvier 1992 ^b	1 ^{er} février 1993
Espagne		24 juillet 1990 ^b	1 ^{er} août 1991
Estonie ^k		20 septembre 1993 ^b	1 ^{er} octobre 1994
États-Unis d'Amérique ⁱ	31 août 1981	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988
Ex-République yougoslave de Macédoine		22 novembre 2006 ^c	17 novembre 1991
Fédération de Russie ^{a, p}		16 août 1990 ^b	1 ^{er} septembre 1991
Finlande ^l	26 mai 1981	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
France	27 août 1981	6 août 1982 ^f	1 ^{er} janvier 1988
Gabon		15 décembre 2004 ^b	1 ^{er} janvier 2006
Géorgie		16 août 1994 ^b	1 ^{er} septembre 1995
Ghana	11 avril 1980		
Grèce		12 janvier 1998 ^b	1 ^{er} février 1999
Guinée		23 janvier 1991 ^b	1 ^{er} février 1992
Honduras		10 octobre 2002 ^b	1 ^{er} novembre 2003
Hongrie ^{a, n}	11 avril 1980	16 juin 1983	1 ^{er} janvier 1988
Iraq		5 mars 1990 ^b	1 ^{er} avril 1991
Islande ^l		10 mai 2001 ^b	1 ^{er} juin 2002
Israël		22 janvier 2002 ^b	1 ^{er} février 2003
Italie	30 septembre 1981	11 décembre 1986	1 ^{er} janvier 1988
Japon		1 ^{er} juillet 2008 ^b	1 ^{er} août 2009
Kirghizistan		11 mai 1999 ^b	1 ^{er} juin 2000
Lesotho	18 juin 1981	18 juin 1981	1 ^{er} janvier 1988
Lettonie ^a		31 juillet 1997 ^b	1 ^{er} août 1998
Liban		21 novembre 2008 ^b	1 ^{er} décembre 2009
Libéria		16 septembre 2005 ^b	1 ^{er} octobre 2006
Lituanie ^a		18 janvier 1995 ^b	1 ^{er} février 1996
Luxembourg		30 janvier 1997 ^b	1 ^{er} février 1998
Mauritanie		20 août 1999 ^b	1 ^{er} septembre 2000
Mexique		29 décembre 1987 ^b	1 ^{er} janvier 1989
Moldova		13 octobre 1994 ^b	1 ^{er} novembre 1995
Mongolie		31 décembre 1997 ^b	1 ^{er} janvier 1999
Monténégro		23 octobre 2006 ^c	3 juin 2006
Norvège ^l	26 mai 1981	20 juillet 1988	1 ^{er} août 1989
Nouvelle-Zélande ^l		22 septembre 1994 ^b	1 ^{er} octobre 1995
Ouganda		12 février 1992 ^b	1 ^{er} mars 1993
Ouzbékistan		27 novembre 1996 ^b	1 ^{er} décembre 1997
Paraguay ^a		13 janvier 2006 ^b	1 ^{er} février 2007
Pays-Bas ^s	29 mai 1981	13 décembre 1990 ^o	1 ^{er} janvier 1992
Pérou		25 mars 1999 ^b	1 ^{er} avril 2000
Pologne	28 septembre 1981	19 mai 1995	1 ^{er} juin 1996

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification, adhésion, approbation, acceptation ou succession</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
République arabe syrienne		19 octobre 1982 ^b	1 ^{er} janvier 1988
République de Corée		17 février 2004 ^b	1 ^{er} mars 2005
République tchèque ^{h, i}		30 septembre 1993 ^c	1 ^{er} janvier 1993
Roumanie		22 mai 1991 ^b	1 ^{er} juin 1992
Saint-Vincent-et-les Grenadines ⁱ		12 septembre 2000 ^b	1 ^{er} octobre 2001
Serbie ^g		12 mars 2001 ^c	27 avril 1992
Singapour ^f	11 avril 1980	16 février 1995	1 ^{er} mars 1996
Slovaquie ^{h, i}		28 mai 1993 ^c	1 ^{er} janvier 1993
Slovénie		7 janvier 1994 ^c	25 juin 1991
Suède ^j	26 mai 1981	15 décembre 1987	1 ^{er} janvier 1989
Suisse		21 février 1990 ^b	1 ^{er} mars 1991
Ukraine ^a		3 janvier 1990 ^b	1 ^{er} février 1991
Uruguay		25 janvier 1999 ^b	1 ^{er} février 2000
Venezuela (République bolivarienne du)	28 septembre 1981		
Zambie		6 juin 1986 ^b	1 ^{er} janvier 1988

Nombre d'États parties: 74

^a Déclarations et réserves. L'État a déclaré, conformément aux articles 12 et 96 de la Convention, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la Convention autorisant une forme autre que la forme écrite, soit pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'appliquerait pas dès lors qu'une des parties aurait son établissement sur son territoire.

^b Adhésion.

^c Succession.

^d Déclarations et réserves. Au moment de son adhésion, le Canada a déclaré, conformément à l'article 93 de la Convention, que cette dernière s'appliquerait aux provinces et territoires suivants: Alberta, Colombie britannique, Île-du-Prince-Édouard, Manitoba, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Ontario, Terre-Neuve-et-Labrador et Territoires du Nord-Ouest. (Au moment de son adhésion, le Canada avait déclaré, conformément à l'article 95 de la Convention, que, s'agissant de la Colombie britannique, il ne serait pas lié par l'alinéa b) de l'article premier de la Convention. Dans une notification reçue le 31 juillet 1992, le Canada a retiré cette déclaration.) Dans une déclaration reçue le 9 avril 1992, le Canada a étendu l'application de la Convention au Québec et à la Saskatchewan. Dans une notification reçue le 29 juin 1992, il a étendu l'application de la Convention au Yukon. Dans une notification reçue le 18 juin 2003, il a étendu l'application de la Convention au Nunavut.

^e Déclarations et réserves. Au moment de la ratification, le Danemark a déclaré que la Convention ne s'appliquerait pas aux îles Féroé ni au Groenland.

^f Approbation.

^g Au moment de la succession à la Convention, la Croatie a décidé, en se fondant sur la Décision constitutionnelle relative à la souveraineté et à l'indépendance de la République de Croatie du 25 juin 1991 et sur la Décision prise par le Parlement croate le 8 octobre 1991, et agissant en ce qui concerne son territoire en qualité de successeur de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, de se faire considérer comme partie à la Convention à compter du 8 octobre 1991, date à laquelle elle a coupé tous ses liens constitutionnels et juridiques avec la République socialiste fédérative de Yougoslavie et commencé à assumer ses obligations internationales.

^h L'ex-Tchécoslovaquie a signé la Convention le 1^{er} septembre 1981 et a déposé un instrument de ratification le 5 mars 1990; la Convention est entrée en vigueur, pour l'ex-Tchécoslovaquie, le 1^{er} avril 1991. Le 28 mai 1993 et le 30 septembre 1993, respectivement, la Slovaquie et la

République tchèque ont déposé des instruments de succession, avec effet à compter du 1^{er} janvier 1993, date de succession des deux États.

ⁱ Déclarations et réserves. L'État a déclaré qu'il ne serait pas lié par le paragraphe 1 b) de l'article premier.

^j Déclarations et réserves. Au moment de la ratification, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède ont déclaré, en vertu du paragraphe 1 de l'article 92, qu'ils ne seraient pas liés par la deuxième partie de la Convention (Formation du contrat). Au moment de la ratification, ces États ont déclaré, en application de l'article 94, que la Convention ne s'appliquerait pas aux contrats de vente conclus entre des parties ayant leur établissement au Danemark, en Finlande, en Islande, en Norvège ou en Suède. Dans une notification adressée le 12 mars 2003, l'Islande a déclaré, en vertu du paragraphe 1 de l'article 94, que la Convention ne s'appliquerait pas aux contrats de vente ou à leur formation lorsque les parties avaient leur établissement au Danemark, en Finlande, en Islande, en Norvège ou en Suède.

^k Déclarations et réserves. Le 9 mars 2004, l'Estonie a retiré la réserve émise lors de la ratification et mentionnée à la note a.

^l La Convention a été signée le 13 août 1981 par l'ex-République démocratique allemande, qui l'a ratifiée le 23 février 1989; elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1990.

^m Déclarations et réserves. Au moment de la ratification, l'Allemagne a déclaré qu'elle n'appliquerait pas l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier pour tout État ayant déclaré qu'il n'appliquerait pas ledit alinéa.

ⁿ Déclarations et réserves. Au moment de la ratification, la Hongrie a déclaré qu'elle considérerait les Conditions générales de livraison de marchandises entre organisations des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle comme soumises aux dispositions de l'article 90 de la Convention.

^o Acceptation.

^p La Fédération de Russie a succédé, le 24 décembre 1991, à l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies, et assume depuis cette date tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

^q L'ex-Yougoslavie a signé et ratifié la Convention le 11 avril 1980 et le 27 mars 1985, respectivement.

^r Déclarations et réserves. Au moment de l'adhésion, l'Australie a déclaré que la Convention ne s'appliquerait pas aux territoires de l'île Christmas, des îles Cocos (Keeling) et des îles Ashmore et Cartier.

^s Déclarations et réserves. Au moment de l'acceptation, les Pays-Bas ont déclaré que la Convention s'appliquerait au Royaume en Europe et à Aruba uniquement.

^t Déclarations et réserves. Au moment de l'adhésion, la Nouvelle-Zélande a déclaré que la Convention ne s'appliquerait pas aux îles Cook, Nioué et Tokélaou.

E. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988 (New York)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification ou adhésion</i>
Canada	7 décembre 1989	
États-Unis d'Amérique	29 juin 1990	
Fédération de Russie ^b	30 juin 1990	
Gabon		15 décembre 2004 ^a
Guinée		23 janvier 1991 ^a
Honduras		8 août 2001 ^a
Libéria		16 septembre 2005 ^a
Mexique		11 septembre 1992 ^a

Nombre d'États parties: 5

^a Adhésion.

^b La Fédération de Russie a succédé, le 24 décembre 1991, à l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies et assume depuis cette date tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général.

F. Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991 (Vienne)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification ou adhésion</i>
Égypte		6 avril 1999 ^a
Espagne	19 avril 1991	
États-Unis d'Amérique	30 avril 1992	
France	15 octobre 1991	
Gabon		15 décembre 2004 ^a
Géorgie		21 mars 1996 ^a
Mexique	19 avril 1991	
Paraguay		19 juillet 2005 ^a
Philippines	19 avril 1991	

Nombre d'États parties: 4

^a Adhésion.

G. Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995 (New York)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification ou adhésion</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Bélarus	3 décembre 1996	23 janvier 2002	1 ^{er} février 2003
El Salvador	5 septembre 1997	31 juillet 1998	1 ^{er} janvier 2000
Équateur		18 juin 1997 ^a	1 ^{er} janvier 2000
États-Unis d'Amérique	11 décembre 1997		
Gabon		15 décembre 2004 ^a	1 ^{er} janvier 2006
Koweït		28 octobre 1998 ^a	1 ^{er} janvier 2000
Libéria		16 septembre 2005 ^a	1 ^{er} octobre 2006
Panama	9 juillet 1997	21 mai 1998	1 ^{er} janvier 2000
Tunisie		8 décembre 1998 ^a	1 ^{er} janvier 2000

Nombre d'États parties: 8

^a Adhésion.

H. Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001 (New York)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification ou adhésion</i>
États-Unis d'Amérique	30 décembre 2003	
Libéria		16 septembre 2005 ^b
Luxembourg ^a	12 juin 2002	
Madagascar	24 septembre 2003	

Nombre d'États parties: 1

^a Déclarations et réserves. Au moment de la signature, le Luxembourg a fait la déclaration suivante:

“Conformément à l'article 39 de la Convention, le Grand-Duché de Luxembourg déclare qu'il ne souhaite pas être lié par le chapitre V, qui contient des règles de conflit supplémentaires tendant à réserver une trop large application à des lois autres que celles du cédant et au surplus difficilement conciliables avec la Convention de Rome. Le Grand-Duché de Luxembourg opte, au titre de l'article 42, paragraphe 1 c) de la Convention, pour les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe, c'est-à-dire celles fondées sur la date du contrat de cession.”

^b Adhésion.

I. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (New York)

<i>État</i>	<i>Signature</i>
Arabie saoudite	12 novembre 2007
Chine	6 juillet 2006
Colombie	27 septembre 2007
Fédération de Russie	25 avril 2007
Honduras	16 janvier 2008
Iran (République islamique d')	26 septembre 2007
Liban	22 mai 2006
Madagascar	19 septembre 2006
Monténégro	27 septembre 2007
Panama	25 septembre 2007
Paraguay	26 mars 2007
Philippines	25 septembre 2007
République centrafricaine	27 février 2006
République de Corée	15 janvier 2008
Sénégal	7 avril 2006
Sierra Leone	21 septembre 2006
Singapour	6 juillet 2006
Sri Lanka	6 juillet 2006

Nombre d'États parties: --

J. Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (Rotterdam)

<i>État</i>	<i>Signature</i>
Arménie	29 septembre 2009
Cameroun	29 septembre 2009
Congo	23 septembre 2009
Danemark	23 septembre 2009
Espagne	23 septembre 2009
États-Unis d'Amérique	23 septembre 2009
France	23 septembre 2009
Gabon	23 septembre 2009
Ghana	23 septembre 2009
Grèce	23 septembre 2009
Guinée	23 septembre 2009
Madagascar	25 septembre 2009
Mali	26 octobre 2009
Niger	22 octobre 2009
Nigéria	23 septembre 2009
Norvège	23 septembre 2009
Pays-Bas	23 septembre 2009
Pologne	23 septembre 2009
Sénégal	23 septembre 2009
Suisse	23 septembre 2009
Togo	23 septembre 2009

Nombre d'États parties: --

K. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification (r), adhésion (a) ou succession (s)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Afghanistan ^{a, b}		30 novembre 2004 ^(a)	28 février 2005
Afrique du Sud		3 mai 1976 ^(a)	1 ^{er} août 1976
Albanie		27 juin 2001 ^(a)	25 septembre 2001
Algérie ^{a, b}		7 février 1989 ^(a)	8 mai 1989
Allemagne ^a	10 juin 1958	30 juin 1961	28 septembre 1961
Antigua-et-Barbuda ^{a, b}		2 février 1989 ^(a)	3 mai 1989
Arabie saoudite ^a		19 avril 1994 ^(a)	18 juillet 1994
Argentine ^{a, b}	26 août 1958	14 mars 1989	12 juin 1989
Arménie ^{a, b}		29 décembre 1997 ^(a)	29 mars 1998
Australie		26 mars 1975 ^(a)	24 juin 1975
Autriche		2 mai 1961 ^(a)	31 juillet 1961
Azerbaïdjan		29 février 2000 ^(a)	29 mai 2000
Bahamas		20 décembre 2006 ^(a)	20 mars 2007
Bahreïn ^{a, b}		6 avril 1988 ^(a)	5 juillet 1988

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification (r), adhésion (a) ou succession (s)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Bangladesh		6 mai 1992 ^(a)	4 août 1992
Barbade ^{a, b}		16 mars 1993 ^(a)	14 juin 1993
Bélarus ^e	29 décembre 1958	15 novembre 1960	13 février 1961
Belgique ^a	10 juin 1958	18 août 1975	16 novembre 1975
Bénin		16 mai 1974 ^(a)	14 août 1974
Bolivie		28 avril 1995 ^(a)	27 juillet 1995
Bosnie-Herzégovine ^{a, b, f}		1 ^{er} septembre 1993 ^(s)	6 mars 1992
Botswana ^{a, b}		20 décembre 1971 ^(a)	19 mars 1972
Brésil		7 juin 2002 ^(a)	5 septembre 2002
Brunéi Darussalam ^a		25 juillet 1996 ^(a)	23 octobre 1996
Bulgarie ^{a, e}	17 décembre 1958	10 octobre 1961	8 janvier 1962
Burkina Faso		23 mars 1987 ^(a)	21 juin 1987
Cambodge		5 janvier 1960 ^(a)	4 avril 1960
Cameroun		19 février 1988 ^(a)	19 mai 1988
Canada ^h		12 mai 1986 ^(a)	10 août 1986
Chili		4 septembre 1975 ^(a)	3 décembre 1975
Chine ^{a, b, j}		22 janvier 1987 ^(a)	22 avril 1987
Chypre ^{a, b}		29 décembre 1980 ^(a)	29 mars 1981
Colombie		25 septembre 1979 ^(a)	24 décembre 1979
Costa Rica	10 juin 1958	26 octobre 1987	24 janvier 1988
Côte d'Ivoire		1 ^{er} février 1991 ^(a)	2 mai 1991
Croatie ^{a, b, f}		26 juillet 1993 ^(s)	8 octobre 1991
Cuba ^{a, b, e}		30 décembre 1974 ^(a)	30 mars 1975
Danemark ^{a, b, c}		22 décembre 1972 ^(a)	22 mars 1973
Djibouti		14 juin 1983 ^(s)	27 juin 1977
Dominique		28 octobre 1988 ^(a)	26 janvier 1989
Égypte		9 mars 1959 ^(a)	7 juin 1959
El Salvador	10 juin 1958	26 février 1998	27 mai 1998
Émirats arabes unis		21 août 2006 ^(a)	19 novembre 2006
Équateur ^{a, b}	17 décembre 1958	3 janvier 1962	3 avril 1962
Espagne		12 mai 1977 ^(a)	10 août 1977
Estonie		30 août 1993 ^(a)	28 novembre 1993
États-Unis d'Amérique ^{a, b}		30 septembre 1970 ^(a)	29 décembre 1970
Ex-République yougoslave de Macédoine ^{b, f, l}		10 mars 1994 ^(s)	17 novembre 1991
Fédération de Russie ^e	29 décembre 1958	24 août 1960	22 novembre 1960
Finlande	29 décembre 1958	19 janvier 1962	19 avril 1962
France ^a	25 novembre 1958	26 juin 1959	24 septembre 1959
Gabon		15 décembre 2006 ^(a)	15 mars 2007
Géorgie		2 juin 1994 ^(a)	31 août 1994
Ghana		9 avril 1968 ^(a)	8 juillet 1968
Grèce ^{a, b}		16 juillet 1962 ^(a)	14 octobre 1962
Guatemala ^{a, b}		21 mars 1984 ^(a)	19 juin 1984
Guinée		23 janvier 1991 ^(a)	23 avril 1991
Haïti		5 décembre 1983 ^(a)	4 mars 1984
Honduras		3 octobre 2000 ^(a)	1 ^{er} janvier 2001
Hongrie ^{a, b}		5 mars 1962 ^(a)	3 juin 1962
Îles Cook		12 janvier 2009 ^(a)	12 avril 2009
Îles Marshall		21 décembre 2006 ^(a)	21 mars 2007
Inde ^{a, b}	10 juin 1958	13 juillet 1960	11 octobre 1960
Indonésie ^{a, b}		7 octobre 1981 ^(a)	5 janvier 1982
Iran (République islamique d') ^{a, b}		15 octobre 2001 ^(a)	13 janvier 2002
Irlande ^a		12 mai 1981 ^(a)	10 août 1981
Islande		24 janvier 2002 ^(a)	24 avril 2002

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification (r), adhésion (a) ou succession (s)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Israël	10 juin 1958	5 janvier 1959	7 juin 1959
Italie		31 janvier 1969 ^(a)	1 ^{er} mai 1969
Jamaïque ^{a, b}		10 juillet 2002 ^(a)	8 octobre 2002
Japon ^a		20 juin 1961 ^(a)	18 septembre 1961
Jordanie	10 juin 1958	15 novembre 1979	13 février 1980
Kazakhstan		20 novembre 1995 ^(a)	18 février 1996
Kenya ^a		10 février 1989 ^(a)	11 mai 1989
Kirghizistan		18 décembre 1996 ^(a)	18 mars 1997
Koweït ^a		28 avril 1978 ^(a)	27 juillet 1978
Lesotho		13 juin 1989 ^(a)	11 septembre 1989
Lettonie		14 avril 1992 ^(a)	13 juillet 1992
Liban ^a		11 août 1998 ^(a)	9 novembre 1998
Libéria		16 septembre 2005 ^(a)	15 décembre 2005
Lituanie ^e		14 mars 1995 ^(a)	12 juin 1995
Luxembourg ^a	11 novembre 1958	9 septembre 1983	8 décembre 1983
Madagascar ^{a, b}		16 juillet 1962 ^(a)	14 octobre 1962
Malaisie ^{a, b}		5 novembre 1985 ^(a)	3 février 1986
Mali		8 septembre 1994 ^(a)	7 décembre 1994
Malte ^{a, f}		22 juin 2000 ^(a)	20 septembre 2000
Maroc ^a		12 février 1959 ^(a)	7 juin 1959
Maurice ^a		19 juin 1996 ^(a)	17 septembre 1996
Mauritanie		30 janvier 1997 ^(a)	30 avril 1997
Mexique		14 avril 1971 ^(a)	13 juillet 1971
Moldova ^{a, f}		18 septembre 1998 ^(a)	17 décembre 1998
Monaco ^{a, b}	31 décembre 1958	2 juin 1982	31 août 1982
Mongolie ^{a, b}		24 octobre 1994 ^(a)	22 janvier 1995
Monténégro ^{a, b, f}		23 octobre 2006 ^(s)	3 juin 2006
Mozambique ^a		11 juin 1998 ^(a)	9 septembre 1998
Népal ^{a, b}		4 mars 1998 ^(a)	2 juin 1998
Nicaragua		24 septembre 2003 ^(a)	23 décembre 2003
Niger		14 octobre 1964 ^(a)	12 janvier 1965
Nigéria ^{a, b}		17 mars 1970 ^(a)	15 juin 1970
Norvège ^{a, i}		14 mars 1961 ^(a)	12 juin 1961
Nouvelle-Zélande ^a		6 janvier 1983 ^(a)	6 avril 1983
Oman		25 février 1999 ^(a)	26 mai 1999
Ouganda ^a		12 février 1992 ^(a)	12 mai 1992
Ouzbékistan		7 février 1996 ^(a)	7 mai 1996
Pakistan ^a	30 décembre 1958	14 juillet 2005	12 octobre 2005
Panama		10 octobre 1984 ^(a)	8 janvier 1985
Paraguay		8 octobre 1997 ^(a)	6 janvier 1998
Pays-Bas ^{a, d}	10 juin 1958	24 avril 1964	23 juillet 1964
Pérou		7 juillet 1988 ^(a)	5 octobre 1988
Philippines ^{a, b}	10 juin 1958	6 juillet 1967	4 octobre 1967
Pologne ^{a, b}	10 juin 1958	3 octobre 1961	1 ^{er} janvier 1962
Portugal ^a		18 octobre 1994 ^(a)	16 janvier 1995
Qatar		30 décembre 2002 ^(a)	30 mars 2003
République arabe syrienne		9 mars 1959 ^(a)	7 juin 1959
République centrafricaine ^{a, b}		15 octobre 1962 ^(a)	13 janvier 1963
République de Corée ^{a, b}		8 février 1973 ^(a)	9 mai 1973
République démocratique populaire lao		17 juin 1998 ^(a)	15 septembre 1998
République dominicaine		11 avril 2002 ^(a)	10 juillet 2002
République tchèque		30 septembre 1993 ^(s)	1 ^{er} janvier 1993
République-Unie de		13 octobre 1964 ^(a)	12 janvier 1965

<i>État</i>	<i>Signature</i>	<i>Ratification (r), adhésion (a) ou succession (s)</i>	<i>Entrée en vigueur</i>
Tanzanie ^a			
Roumanie ^{a, b, e}		13 septembre 1961 ^(a)	12 décembre 1961
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ^{a, g}		24 septembre 1975 ^(a)	23 décembre 1975
Rwanda		31 octobre 2008	29 janvier 2009
Saint-Marin		17 mai 1979 ^(a)	15 août 1979
Saint-Siège ^{a, b}		14 mai 1975 ^(a)	12 août 1975
Saint-Vincent-et-les Grenadines ^{a, b}		12 septembre 2000 ^(a)	11 décembre 2000
Sénégal		17 octobre 1994 ^(a)	15 janvier 1995
Serbie ^{a, b, f}		12 mars 2001 ^(s)	27 avril 1992
Singapour ^a		21 août 1986 ^(a)	19 novembre 1986
Slovaquie ⁱ		28 mai 1993 ^(s)	1 ^{er} janvier 1993
Slovénie ^{a, f, k}		6 juillet 1992 ^(s)	25 juin 1991
Sri Lanka	30 décembre 1958	9 avril 1962	8 juillet 1962
Suède	23 décembre 1958	28 janvier 1972	27 avril 1972
Suisse	29 décembre 1958	1 ^{er} juin 1965	30 août 1965
Thaïlande		21 décembre 1959 ^(a)	20 mars 1960
Trinité-et-Tobago ^{a, b}		14 février 1966 ^(a)	15 mai 1966
Tunisie ^{a, b}		17 juillet 1967 ^(a)	15 octobre 1967
Turquie ^{a, b}		2 juillet 1992 ^(a)	30 septembre 1992
Ukraine ^e	29 décembre 1958	10 octobre 1960	8 janvier 1961
Uruguay		30 mars 1983 ^(a)	28 juin 1983
Venezuela (République bolivarienne du) ^{a, b}		8 février 1995 ^(a)	9 mai 1995
Viet Nam ^{a, b, e}		12 septembre 1995 ^(a)	11 décembre 1995
Zambie		14 mars 2002 ^(a)	12 juin 2002
Zimbabwe		29 septembre 1994 ^(a)	28 décembre 1994

Nombre d'États parties: 144

^a Déclarations et réserves. La Convention s'applique uniquement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre État contractant.

^b Déclarations et réserves. La Convention s'applique seulement aux différends issus de rapports de droit – contractuels ou non – que la loi nationale considère comme étant d'ordre commercial.

^c Le 10 février 1976, le Danemark a déclaré que la Convention s'appliquerait au Groenland et aux îles Féroé.

^d Le 24 avril 1964, les Pays-Bas ont déclaré que la Convention s'appliquerait aux Antilles néerlandaises.

^e Déclarations et réserves. En ce qui concerne les sentences prononcées sur le territoire d'États non contractants, la Convention ne s'applique que dans la mesure où ces États accordent un traitement réciproque.

^f Déclarations et réserves. La Convention s'applique seulement aux sentences arbitrales postérieures à son entrée en vigueur.

^g Le Royaume-Uni a étendu l'application territoriale de la Convention, s'agissant des sentences prononcées uniquement sur le territoire d'un autre État contractant, aux territoires suivants: Gibraltar (24 septembre 1975), île de Man (22 février 1979), Bermudes (14 novembre 1979), îles Caïmanes (26 novembre 1980), Guernesey (19 avril 1985) et Jersey (28 mai 2002).

^h Déclarations et réserves. Le Canada a déclaré qu'il n'appliquerait la Convention qu'aux différends issus de rapports de droit – contractuels ou non – que la loi nationale considère

comme étant d'ordre commercial, sauf dans le cas de la province de Québec où la loi ne prévoit pas de telles limites.

ⁱ La Convention ne s'applique pas aux différends portant sur des biens immobiliers situés dans l'État considéré ou sur un droit relatif auxdits biens.

^j Lorsqu'il a recouvré la souveraineté sur Hong Kong le 1^{er} juillet 1997, le Gouvernement de la Chine a étendu l'application territoriale de la Convention à la Région administrative spéciale de Hong Kong, sous réserve de la déclaration initiale qu'il avait faite lors de son adhésion à la Convention. Le 19 juillet 2005, la Chine a déclaré que la Convention s'appliquerait à la Région administrative spéciale de Macao (République populaire de Chine) sous réserve de la déclaration initiale qu'elle avait faite lors de son adhésion à la Convention.

^k Le 4 juin 2008, la Slovénie a retiré les déclarations faites lors de la succession mentionnées dans les notes a) et b).

ⁱ Le 16 septembre 2009, l'ex-République yougoslave de Macédoine a retiré la déclaration faite lors de la succession mentionnée à la note a).

II. Incorporation de lois types dans le droit interne

A. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985, amendée en 2006)

5. Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 ont été adoptés dans les pays et territoires suivants: Allemagne (1998), Arménie (2006), Australie (1991), Autriche (2005), Azerbaïdjan (1999), Bahreïn (1994), Bangladesh (2001), Bélarus (1999), Bulgarie (2002), Cambodge (2006), Canada (1986), Chili (2004), Chine (Région administrative spéciale de Hong Kong (1996) et Région administrative spéciale de Macao (1998)), Chypre, Croatie (2001), Danemark (2005), Égypte (1994), Espagne (2003), Estonie (2006), États-Unis d'Amérique (États de Californie (1996), Connecticut (2000), Floride (2010*), Illinois (1998), Louisiane (2006), Oregon et Texas), ex-République yougoslave de Macédoine (2006), Fédération de Russie (1993), Grèce (1999), Guatemala (1995), Honduras (2000), Hongrie (1994), Inde (1996), Iran (République islamique d') (1997), Irlande (1998, 2010*), Japon (2003), Jordanie (2001), Kenya (1995), Lituanie (1996), Madagascar (1998), Malte (1995), Maurice (2008*), Mexique (1993), Nicaragua (2005), Nigéria (1990), Norvège (2004), Nouvelle-Zélande (1996, 2007*), Oman (1997), Ouganda (2000), Paraguay (2002), Pérou (1996, 2008*), Philippines (2004), Pologne (2005), République de Corée (1999), République dominicaine (2008), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Écosse (1990) et Bermudes, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni), Rwanda (2008*), Serbie (2006), Singapour (2001), Slovénie (2008*), Sri Lanka (1995), Thaïlande (2002), Tunisie (1993), Turquie (2001), Ukraine (1994), Venezuela (République bolivarienne du) (1998), Zambie (2000) et Zimbabwe (1996).

* Loi fondée sur le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avec les amendements adoptés en 2006.

B. Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)

6. Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont publié, le 27 janvier 1997, une directive reposant sur les principes de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

C. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)**

7. Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ou largement inspirés de celle-ci ont été adoptés dans divers États, dont l'Afghanistan (2006), l'Albanie, l'Arménie (2005), l'Azerbaïdjan, le Bangladesh, la Croatie, l'Estonie, la Gambie (2001), la Géorgie (1999), le Ghana, le Guyana, le Kazakhstan, le Kenya, le Kirghizistan, Madagascar, le Malawi (2003), Maurice, la Mongolie, le Népal, le Nigéria (2007), l'Ouganda, l'Ouzbékistan, la Pologne, la République de Moldova, la République-Unie de Tanzanie, la Roumanie, le Rwanda, la Slovaquie et la Zambie.

D. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)

8. Des textes législatifs incorporant les dispositions de la Loi type ont été adoptés dans les pays et territoires suivants: Afrique du Sud (2002), Australie (1999), Brunéi Darussalam (2000), Cap-Vert (2003), Chine (2004), Colombie (1999), Émirats arabes unis (2006), Équateur (2002), France (2000), Guatemala (2008), Inde (2000), Iran (République islamiste d') (2004), Irlande (2000), Jamaïque (2006), Jordanie (2001), Maurice (2000), Mexique (2000), Nouvelle-Zélande (2002), Pakistan (2002), Panama (2001), Philippines (2000), République de Corée (1999), République dominicaine (2002), Singapour (1998), Slovénie (2000), Sri Lanka (2006), Thaïlande (2002), Venezuela (République bolivarienne du) (2001) et Viet Nam (2005).

9. La Loi type a également été incorporée dans le Bailiwick de Guernesey (2000), le Bailiwick de Jersey (2000) et l'île de Man (2000), dépendances de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord; dans les Bermudes (1999), les îles Caïmanes (2000) et les îles Turques et Caïques (2000), territoires d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord; et dans la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) (2000).

10. Des lois uniformes s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose ont été élaborées aux États-Unis (loi uniforme sur les opérations électroniques (Uniform Electronic Transactions Act) adoptée en 1999 par la National Conference of Commissioners on Uniform State Law) et adoptées par les États suivants: Alabama (2001), Alaska (2004), Arizona (2000), Arkansas (2001), Californie (1999), Caroline du Nord (2000), Caroline du Sud (2004), Colorado

** La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services est en cours de révision, notamment pour tenir compte des pratiques modernes de passation de marchés, y compris par voie électronique; certains États ont déjà modernisé leur législation à cet égard.

(2002), Connecticut (2002), Dakota du Nord (2001), Dakota du Sud (2000), Delaware (2000), District de Columbia (2001), Floride (2000), Hawaï (2000), Idaho (2000), Indiana (2000), Iowa (2000), Kansas (2000), Kentucky (2000), Louisiane (2001), Maine (2000), Maryland (2000), Massachusetts (2003), Michigan (2000), Minnesota (2000), Mississippi (2001), Missouri (2003), Montana (2001), Nebraska (2000), Nevada (2001), New Hampshire (2001), New Jersey (2000), Nouveau-Mexique (2001), Ohio (2000), Oklahoma (2000), Oregon (2001), Pennsylvanie (1999), Rhode Island (2000), Tennessee (2001), Texas (2001), Utah (2000), Vermont (2003), Virginie (2000), Virginie-Occidentale (2001), Wisconsin (2004) et Wyoming (2001). L'État d'Illinois avait déjà incorporé la Loi type en 1998.

11. Des lois uniformes s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose ont également été élaborées au Canada (Loi uniforme sur le commerce électronique adoptée en 1999 par la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada) et adoptées dans un certain nombre de provinces et territoires, dont l'Alberta (2001), la Colombie-Britannique (2001), l'Île-du-Prince-Édouard (2001), le Manitoba (2000), le Nouveau-Brunswick (2001), la Nouvelle-Écosse (2000), le Nunavut (2004), l'Ontario (2001), la Saskatchewan (2000), Terre-Neuve-et-Labrador (2001) et le Yukon (2000). Une législation s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose a également été adoptée dans la province de Québec (2001).

E. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)

12. Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ont été adoptés en Afrique du Sud (2000), en Australie (2008), au Canada (2009), en Colombie (2006), en Érythrée (1998), aux États-Unis d'Amérique (2005), aux îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), au Japon (2000), à Maurice (2009), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Nouvelle-Zélande (2006), en Pologne (2003), en République de Corée (2006), en Roumanie (2003), au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2006), en Serbie (2004) et en Slovénie (2007).

F. Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)

13. Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ont été adoptés au Cap-Vert (2003), en Chine (2004), aux Émirats arabes unis (2006), au Guatemala (2008), en Jamaïque (2006), au Mexique (2003), en Thaïlande (2001) et au Viet Nam (2005).

14. Des textes législatifs s'inspirant des principes sur lesquels repose la Loi type ont également été adoptés au Costa Rica (2005) et en Inde (2009).

G. Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)

15. Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale ont été adoptés en Albanie (2003), au Canada (2005), en Croatie (2003), en Hongrie (2002), au Nicaragua (2005) et en Slovénie (2008).

16. Des lois uniformes s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose ont été élaborées aux États-Unis d'Amérique (loi uniforme sur la médiation (Uniform Mediation Act), adoptée en 2001 (modifiée en 2003) par la National Conference of Commissioners on Uniform State Law) et adoptées par les États suivants: Dakota du Sud, Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Utah, Vermont, Washington et district de Columbia.

III. Tableau chronologique des actes accomplis en rapport avec les conventions

A. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)^a

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Ghana	7 octobre 1975
République dominicaine	23 décembre 1977
Norvège	20 mars 1980
Argentine	9 octobre 1981
Égypte	6 décembre 1982
Hongrie	16 juin 1983
Zambie	6 juin 1986
Mexique	21 janvier 1988
Guinée	23 janvier 1991
Ouganda	12 février 1992
Roumanie	23 avril 1992
Slovaquie ^c	28 mai 1993
Ukraine	13 septembre 1993
République tchèque ^b	30 septembre 1993
Bosnie-Herzégovine ^c	12 janvier 1994
États-Unis d'Amérique	5 mai 1994
Cuba	2 novembre 1994
Pologne	19 mai 1995
Slovénie ^c	2 août 1995
Bélarus	23 janvier 1997
Uruguay	1 ^{er} avril 1997
Moldova	28 août 1997
Burundi	4 septembre 1998
Serbie ^c	12 mars 2001
Paraguay	18 août 2003
Libéria	16 septembre 2005
Monténégro ^c	23 octobre 2006
Belgique	1 ^{er} août 2008

^a L'ex-République démocratique allemande a ratifié la Convention le 31 août 1989.

^b Succession: l'ex-Tchécoslovaquie a ratifié la Convention le 26 mai 1977.

^c Succession: l'ex-Yougoslavie a adhéré à la Convention le 27 novembre 1978.

B. Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)^a

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Égypte	6 décembre 1982
Hongrie	16 juin 1983
Argentine	19 juillet 1983
Zambie	6 juin 1986
Mexique	21 janvier 1988
Guinée	23 janvier 1991
Ouganda	12 février 1992
Roumanie	23 avril 1992
Slovaquie ^b	28 mai 1993
République tchèque ^b	30 septembre 1993
États-Unis d'Amérique	5 mai 1994
Cuba	2 novembre 1994
Pologne	19 mai 1995
Slovénie	2 août 1995
Bélarus	23 janvier 1997
Uruguay	1 ^{er} avril 1997
Moldova	28 août 1997
Paraguay	18 août 2003
Libéria	16 septembre 2005
Belgique	1 ^{er} août 2008

^a L'ex-République démocratique allemande a adhéré au Protocole le 31 août 1989.

^b Succession: l'ex-Tchécoslovaquie a adhéré au Protocole le 5 mars 1990.

C. Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Égypte	23 avril 1979
Ouganda	6 juillet 1979
République-Unie de Tanzanie	24 juillet 1979
Tunisie	15 septembre 1980
Barbade	2 février 1981
Maroc	12 juin 1981
Roumanie	7 janvier 1982
Chili	9 juillet 1982
Liban	4 avril 1983
Hongrie	5 juillet 1984
Sénégal	17 mars 1986
Botswana	16 février 1988
Sierra Leone	7 octobre 1988
Nigéria	7 novembre 1988
Kenya	31 juillet 1989
Burkina Faso	14 août 1989
Lesotho	26 octobre 1989
Guinée	23 janvier 1991
Malawi	18 mars 1991
Zambie	7 octobre 1991

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Autriche	29 juillet 1993
Cameroun	21 octobre 1993
République tchèque	23 juin 1995
Gambie	7 février 1996
Géorgie	21 mars 1996
Burundi	4 septembre 1998
Saint-Vincent-et-les Grenadines	12 septembre 2000
Jordanie	10 mai 2001
République arabe syrienne	16 octobre 2002
Paraguay	19 juillet 2005
Libéria	16 septembre 2005
Albanie	20 juillet 2006
République dominicaine	28 septembre 2007
Kazakhstan	18 juin 2008

D. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Lesotho	18 juin 1981
France	6 août 1982
République arabe syrienne	19 octobre 1982
Égypte	6 décembre 1982
Hongrie	16 juin 1983
Argentine	19 juillet 1983
Zambie	6 juin 1986
Chine	11 décembre 1986
États-Unis d'Amérique	11 décembre 1986
Italie	11 décembre 1986
Finlande	15 décembre 1987
Suède	15 décembre 1987
Autriche	29 décembre 1987
Mexique	29 décembre 1987
Australie	17 mars 1988
Norvège	20 juillet 1988
Danemark	14 février 1989
Bélarus	9 octobre 1989
Allemagne ^a	21 décembre 1989
Ukraine	3 janvier 1990
Chili	7 février 1990
Suisse	21 février 1990
Iraq	5 mars 1990
Bulgarie	9 juillet 1990
Espagne	24 juillet 1990
Fédération de Russie ^b	16 août 1990
Pays-Bas	13 décembre 1990
Guinée	23 janvier 1991
Canada	23 avril 1991
Roumanie	22 mai 1991
Équateur	27 janvier 1992
Ouganda	12 février 1992
Slovaquie ^c	28 mai 1993

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Estonie	20 septembre 1993
République tchèque ^c	30 septembre 1993
Slovénie ^d	7 janvier 1994
Bosnie-Herzégovine ^d	12 janvier 1994
Géorgie	16 août 1994
Nouvelle-Zélande	22 septembre 1994
Moldova	13 octobre 1994
Cuba	2 novembre 1994
Lituanie	18 janvier 1995
Singapour	16 février 1995
Pologne	19 mai 1995
Belgique	31 octobre 1996
Ouzbékistan	27 novembre 1996
Luxembourg	30 janvier 1997
Lettonie	31 juillet 1997
Mongolie	31 décembre 1997
Grèce	12 janvier 1998
Croatie ^d	8 juin 1998
Burundi	4 septembre 1998
Uruguay	25 janvier 1999
Pérou	25 mars 1999
Mauritanie	20 août 1999
Kirghizistan	11 mai 1999
Saint-Vincent-et-les Grenadines	12 septembre 2000
Serbie ^d	12 mars 2001
Islande	10 mai 2001
Colombie	10 juillet 2001
Israël	22 janvier 2002
Honduras	10 octobre 2002
République de Corée	17 février 2004
Gabon	15 décembre 2004
Chypre	7 mars 2005
Libéria	16 septembre 2005
Paraguay	13 janvier 2005
Monténégro ^d	23 octobre 2006
Ex-République yougoslave de Macédoine ^d	22 novembre 2006
El Salvador	27 novembre 2006
Japon	1 ^{er} juillet 2008
Liban	21 novembre 2008
Arménie	2 décembre 2008
Albanie	13 mai 2009

^a L'ex-République démocratique allemande a ratifié la Convention le 23 février 1989.

^b La Fédération de Russie a succédé, le 24 décembre 1991, à l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies et assume depuis cette date tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétariat général.

^c Succession: l'ex-Tchécoslovaquie a ratifié la Convention le 5 mars 1990.

^d Succession: l'ex-Yougoslavie a signé et ratifié la Convention le 11 avril 1980 et le 27 mars 1985, respectivement.

E. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988 (New York)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Guinée	23 janvier 1991
Mexique	15 septembre 1992
Honduras	8 août 2001
Gabon	15 décembre 2004
Libéria	16 septembre 2005

F. Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991 (Vienne)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Géorgie	21 mars 1996
Égypte	6 avril 1999
Gabon	15 décembre 2004
Paraguay	19 juillet 2005

G. Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995 (New York)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Équateur	18 juin 1997
Panama	21 mai 1998
El Salvador	31 juillet 1998
Koweït	28 octobre 1998
Tunisie	8 décembre 1998
Bélarus	23 janvier 2002
Gabon	15 décembre 2004
Libéria	16 septembre 2005

H. Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001 (New York)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Libéria	16 septembre 2005

I. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (New York)

Nombre d'États parties: 0

J. Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2009 (Règles de Rotterdam)

Nombre d'États parties: 0

K. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Israël	5 janvier 1959
Maroc	12 février 1959
Égypte	9 mars 1959
République arabe syrienne	9 mars 1959
France	26 juin 1959
Thaïlande	21 décembre 1959
Cambodge	5 janvier 1960
Inde	13 juillet 1960
Fédération de Russie ^a	24 août 1960
Ukraine	10 octobre 1960
Bélarus	15 novembre 1960
Norvège	14 mars 1961
Autriche	2 mai 1961
Japon	20 juin 1961
Allemagne ^b	30 juin 1961
Roumanie	13 septembre 1961
Pologne	3 octobre 1961
Bulgarie	10 octobre 1961
Équateur	3 janvier 1962
Finlande	19 janvier 1962
Hongrie	5 mars 1962
Sri Lanka	9 avril 1962
Grèce	16 juillet 1962
Madagascar	16 juillet 1962
République centrafricaine	15 octobre 1962
Pays-Bas	24 avril 1964
République-Unie de Tanzanie	13 octobre 1964
Niger	14 octobre 1964
Suisse	1 ^{er} juin 1965
Trinité-et-Tobago	14 février 1966
Philippines	6 juillet 1967
Tunisie	17 juillet 1967
Ghana	9 avril 1968
Italie	31 janvier 1969
Nigéria	17 mars 1970
États-Unis d'Amérique	30 septembre 1970
Mexique	14 avril 1971
Botswana	20 décembre 1971
Suède	28 janvier 1972
Danemark	22 décembre 1972
République de Corée	8 février 1973
Bénin	16 mai 1974
Cuba	30 décembre 1974
Australie	26 mars 1975

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Saint-Siège	14 mai 1975
Belgique	18 août 1975
Chili	4 septembre 1975
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	24 septembre 1975
Afrique du Sud	3 mai 1976
Espagne	12 mai 1977
Koweït	28 avril 1978
Saint-Marin	17 mai 1979
Colombie	25 septembre 1979
Jordanie	15 novembre 1979
Chypre	29 décembre 1980
Irlande	12 mai 1981
Indonésie	7 octobre 1981
Monaco	2 juin 1982
Nouvelle-Zélande	6 janvier 1983
Uruguay	30 mars 1983
Djibouti	14 juin 1983
Luxembourg	9 septembre 1983
Haïti	5 décembre 1983
Guatemala	21 mars 1984
Panama	10 octobre 1984
Malaisie	5 novembre 1985
Canada	12 mai 1986
Singapour	21 août 1986
Chine	22 janvier 1987
Burkina Faso	23 mars 1987
Costa Rica	26 octobre 1987
Cameroun	19 février 1988
Bahreïn	6 avril 1988
Pérou	7 juillet 1988
Dominique	28 octobre 1988
Antigua-et-Barbuda	2 février 1989
Algérie	7 février 1989
Kenya	10 février 1989
Argentine	14 mars 1989
Lesotho	13 juin 1989
Guinée	23 janvier 1991
Côte d'Ivoire	1 ^{er} février 1991
Ouganda	12 février 1992
Lettonie	14 avril 1992
Bangladesh	6 mai 1992
Turquie	2 juillet 1992
Slovénie	6 juillet 1992
Barbade	16 mars 1993
Slovaquie	28 mai 1993
Croatie	26 juillet 1993
Estonie	30 août 1993
Bosnie-Herzégovine	1 ^{er} septembre 1993
République tchèque	30 septembre 1993
Ex-République yougoslave de Macédoine	10 mars 1994
Arabie saoudite	19 avril 1994
Géorgie	2 juin 1994
Mali	8 septembre 1994
Zimbabwe	29 septembre 1994

<i>État</i>	<i>Date d'adhésion</i>
Sénégal	17 octobre 1994
Portugal	18 octobre 1994
Mongolie	24 octobre 1994
Venezuela (République bolivarienne du)	8 février 1995
Lituanie	14 mars 1995
Bolivie	28 avril 1995
Viet Nam	12 septembre 1995
Kazakhstan	20 novembre 1995
Ouzbékistan	7 février 1996
Maurice	19 juin 1996
Brunéi Darussalam	25 juillet 1996
Kirghizistan	18 décembre 1996
Mauritanie	30 janvier 1997
Paraguay	8 octobre 1997
Arménie	29 décembre 1997
El Salvador	26 février 1998
Népal	4 mars 1998
Mozambique	11 juin 1998
République démocratique populaire lao	17 juin 1998
Liban	11 août 1998
Moldova	18 septembre 1998
Oman	25 février 1999
Azerbaïdjan	29 février 2000
Malte	22 juin 2000
Saint-Vincent-et-les Grenadines	12 septembre 2000
Honduras	3 octobre 2000
Serbie ^c	12 mars 2001
Albanie	27 juin 2001
Iran (République islamique d')	15 octobre 2001
Islande	24 janvier 2002
Zambie	14 mars 2002
République dominicaine	11 avril 2002
Brésil	7 juin 2002
Jamaïque	10 juillet 2002
Qatar	30 décembre 2002
Nicaragua	24 septembre 2003
Afghanistan	30 novembre 2004
Pakistan	14 juillet 2005
Libéria	16 septembre 2005
Émirats arabes unis	21 août 2006
Monténégro	23 octobre 2006
Gabon	15 décembre 2006
Bahamas	20 décembre 2006
Îles Marshall	21 décembre 2006
Rwanda	31 octobre 2008
Îles Cook	12 janvier 2009

^a La Fédération de Russie a succédé, le 24 décembre 1991, à l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) en tant qu'État Membre de l'Organisation des Nations Unies et assume depuis cette date tous les droits et obligations de l'URSS au titre de la Charte des Nations Unies et des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétariat général.

^b L'ex-République démocratique allemande a adhéré à la Convention le 20 février 1975.

^c Succession: l'ex-Yougoslavie avait adhéré à la Convention le 26 février 1982.

IX. COORDINATION ET COOPÉRATION

Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/707 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. Introduction	1-3
II. Coordination générale au sein du système des Nations Unies	4-7
III. Harmonisation et unification du droit commercial international	8-51
A. Contrats commerciaux internationaux	8-9
B. Microfinance	10
C. Transport international de marchandises	11-26
D. Sûretés réelles	27-39
E. Commerce électronique.....	40-41
F. Vente de marchandises	42-51

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 international¹. 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

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17), par. 93 à 101.

encore fait l'objet de mesures d'unification mais où un effort dans ce sens semblait s'imposer².

3. Le présent rapport général, établi pour donner suite à la résolution 34/142, est le cinquième d'une nouvelle série que le Secrétariat se propose de mettre à jour et de réviser chaque année pour l'information de la Commission. Le premier rapport (A/CN.9/584, mai 2005) et les documents connexes concernant le commerce électronique (A/CN.9/579) et l'insolvabilité (A/CN.9/580/Add.1) ont été établis pour la trente-huitième session de la Commission. Le deuxième rapport (A/CN.9/598, avril 2006) et les documents connexes relatifs aux marchés publics (A/CN.9/598/Add.1) et aux sûretés réelles mobilières (A/CN.9/598/Add.2) l'ont été pour la trente-neuvième session de la Commission. Le troisième rapport (A/CN.9/628 et A/CN.9/628/Add.1, mai 2007) l'a été pour la quarantième session de la Commission. Le quatrième rapport (A/CN.9/657 et A/CN.9/657/Add.1) ainsi qu'un document relatif au droit des marchés publics (A/CN.9/657/Add.2) l'ont été pour la quarante et unième session de la Commission. Le présent document et les additifs portent sur les activités entreprises par les organisations internationales, principalement depuis l'établissement du quatrième rapport, alors que le document A/CN.9/707/Add.1 a trait uniquement aux activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation du droit de l'insolvabilité internationale. Le cinquième document de la série est de nouveau 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 reprend pas les informations figurant dans les documents précédents.

II. Coordination générale au sein du système des Nations Unies

4. L'Organisation des Nations Unies a pris ces dernières années des mesures plus énergiques pour améliorer et rendre plus efficace la coordination qui s'exerce entre ses divers organes, et le Secrétariat de la CNUDCI participe activement à ces activités générales de coordination dont les paragraphes suivants énumèrent quelques-uns des exemples les plus récents.

5. Conformément aux résolutions 61/39 et 62/70, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de lui présenter un inventaire des activités actuellement menées par le système des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit. Le rapport intérimaire (A/62/261) et le rapport final (A/63/64), soumis respectivement à l'Assemblée générale les 15 août 2007 et 12 mars 2008, contiennent des informations au sujet de l'inventaire des activités en cours des divers organes, bureaux, départements, fonds et programmes du système des Nations Unies en matière de promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Le Secrétariat de la CNUDCI s'est activement employé à faire en sorte que ses activités soient dûment prises en compte dans cet inventaire.

6. La section II du rapport final sur l'état de droit aux niveaux national et international (A/63/64) contient un inventaire des activités actuellement menées en la matière par le système des Nations Unies, qui énumère un certain nombre

² Ibid., par. 100.

d'activités entreprises par le secrétariat de la CNUDCI sous les auspices du Bureau des affaires juridiques (Division du droit commercial international). Ces activités concernent la promotion des traités et d'autres instruments internationaux et normes internationales, et consistent notamment à renforcer les capacités et à diffuser des informations, à apporter une assistance technique pour élaborer des instruments juridiques nationaux en vue de l'application du droit international, ainsi qu'à contrôler cette application à l'échelle nationale, à collecter des informations à ce sujet et à rendre compte de la situation³.

7. Le secrétariat de la CNUDCI a également contribué à l'élaboration des rapports annuels du Secrétaire général en renforçant et en coordonnant les activités relatives à l'état de droit à l'échelle du système des Nations Unies (voir A/63/226 pour 2008 et A/64/298 pour 2009), ainsi qu'à la création d'un site Web sur l'état de droit (<http://www.unrol.org>) qui a été lancé en novembre 2009. Enfin, il a joué un rôle actif dans le cadre de l'Équipe spéciale du Bureau des affaires juridiques à qui avait été confiée la tâche d'élaborer un projet de note d'orientation sur l'état de droit au niveau international. La note d'orientation est en cours d'achèvement et sera publiée en temps voulu sur le site Web relatif à l'état de droit.

III. Harmonisation et unification du droit commercial international

A. Contrats commerciaux internationaux

Conférence de La Haye de droit international privé⁴

8. Suite aux travaux préparatoires réalisés par le Bureau permanent depuis 2006, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye) a décidé que les travaux se poursuivraient à l'appui de la promotion de l'autonomie des parties dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. À cette fin, le Conseil a invité le Bureau permanent, en 2009, à former un Groupe de travail constitué d'experts en droit international privé, en droit commercial international et en droit de l'arbitrage international, et à continuer d'étudier la possibilité d'élaborer un projet d'instrument non contraignant portant sur le choix de la législation applicable dans les contrats internationaux interentreprises. Le Groupe de travail s'est réuni pour la première fois à La Haye les 21 et 22 janvier 2010, réunion à laquelle le Secrétariat de la CNUDCI a participé en tant qu'observateur, afin d'échanger des points de vue sur le développement et la portée possible d'un futur projet d'instrument. Le Bureau permanent met actuellement en place une plate-forme restreinte de discussion électronique afin de faciliter les échanges sur le projet d'instrument entre les membres du Groupe de travail. Cette plate-forme devrait bientôt être opérationnelle. Le Bureau permanent coordonnera la suite des recherches et l'élaboration de propositions sur les questions examinées par le Groupe de travail en janvier 2010, et

³ Pour une liste complète des activités de la CNUDCI en matière d'état de droit telles qu'elles figurent dans le rapport final, voir A/63/64, par. 46, 47, 48, 50, 62, 63, 79, 103, 109, 110, 160, 161, 227, 228, 236, 255, 274, 290, 291, 333, 413, 414, 415, 448, 466 et 467.

⁴ www.hcch.net.

il préparera la deuxième réunion du Groupe de travail, prévue du 15 au 17 novembre 2010.

Institut international pour l'unification du droit privé⁵

9. Conformément à la recommandation du Conseil de direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), les Principes relatifs aux contrats du commerce international, publiés pour la première fois en 1994, figurent au programme de travail de l'Institut en tant que sujet permanent. Après l'adoption de la deuxième édition augmentée des Principes en 2004, le Conseil de direction a décidé, en 2005, de constituer un nouveau Groupe de travail chargé d'élaborer une troisième édition des Principes, qui inclurait de nouveaux chapitres sur l'enrichissement sans cause ou la restitution, l'illicéité, la pluralité de créanciers et/ou de débiteurs, les obligations conditionnelles et la résolution des contrats à long terme "for cause". Composé d'éminents experts représentant à l'échelle mondiale les principaux systèmes juridiques et/ou régions, ainsi que d'observateurs d'organisations internationales, y compris le Secrétariat de la CNUDCI, le Groupe de travail a tenu quatre sessions à Rome en 2006, 2007, 2008 et plus récemment en mai 2009. Des projets de chapitres ont été préparés pour chacun des cinq sujets qu'il était proposé d'inclure dans la nouvelle édition. Cependant, comme le projet de chapitre sur la résolution des contrats à long terme "for cause" paraissait moins avancé que les autres chapitres et il a été décidé de ne pas l'inclure dans la troisième édition des Principes, mais de l'insérer dans une éventuelle quatrième édition. La cinquième session du Groupe de travail est prévue en mai 2010.

B. Microfinance

10. À la suite d'une demande formulée par la Commission lors de sa quarante-deuxième session⁶, le Secrétariat a réalisé une étude sur la microfinance et le développement économique international, en coordination étroite avec les principales organisations opérant déjà dans ce domaine. L'étude, dont est saisie la Commission à sa quarante-troisième session (A/CN.9/698), donne une vue d'ensemble des questions relatives au cadre réglementaire et juridique de la microfinance, y compris des informations émanant de la Banque des règlements internationaux (BRI), du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, du Groupe consultatif d'aide aux pauvres, du Sous-Groupe pour l'accès par l'innovation du Groupe d'experts sur l'accès aux services financiers du G-20, de la Banque interaméricaine de développement (BID), de l'Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et du Fonds monétaire international (FMI).

C. Transport international de marchandises

Généralités

11. La Convention de la CNUDCI sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, connue sous le nom de

⁵ www.unidroit.org.

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17) par. 432 et 433.

“Règles de Rotterdam”, qui vise à harmoniser et moderniser le cadre juridique régissant le transport moderne par conteneurs, a été adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies en décembre 2008⁷. Comme il était prévu dans la résolution portant adoption de la Convention, une cérémonie d’ouverture à la signature de cette dernière a eu lieu le 23 septembre 2009 à Rotterdam (Pays-Bas). Cet événement a été précédé par un colloque sur les Règles de Rotterdam organisé dans cette ville les 21 et 22 septembre 2009, en coordination avec le Comité maritime international (CMI) et le Gouvernement des Pays-Bas, la ville de Rotterdam et l’Autorité portuaire de Rotterdam. D’autres manifestations visant à promouvoir la Convention ont été coordonnées avec le CMI et d’autres organisations (voir A/CN.9/695/Add.1), y compris UNIDROIT, qui a consacré un volume distinct de sa *Revue de droit uniforme* à un recueil d’articles sur les règles de Rotterdam⁸.

12. Les Règles de Rotterdam, qui à ce jour ont été signées par 21 États représentant plus de 25 % du volume du commerce mondial, sont considérées comme une convention “maritime plus”, compte tenu de leur application aux contrats de transport de porte-à-porte. Leur champ d’application pourrait ainsi englober le transport intérieur intervenant dans l’étape maritime internationale.

13. Un certain nombre d’organisations ont pour mandat de poursuivre divers objectifs en rapport avec le transport unimodal de marchandises, y compris un mandat assigné par les organes délibérants, alors que d’autres s’intéressent aux instruments ou arrangements de transport intermodal ou multimodal. Compte tenu du caractère “maritime plus” de la Convention, la Commission voudra peut-être prendre note du résumé des travaux et activités actuellement menés par ces organisations, qui figure ci-dessous. Dans le cadre des efforts qu’il a entrepris pour aider les États à négocier le texte des Règles de Rotterdam et à prendre la décision d’y adhérer ou non, le Secrétariat a suivi de près les activités de ces organisations en vue d’assurer l’intégrité de la Convention et son interopérabilité avec d’autres initiatives internationales.

14. La Commission voudra peut-être également noter que les Règles de Rotterdam établissent le fondement juridique des connaissements électroniques, dénommés “documents électroniques de transport” dans la Convention. À cet égard, elle souhaitera peut-être prendre note de l’évolution de l’environnement sans papier en matière de transports dans le cadre d’autres initiatives électroniques brièvement exposées dans les paragraphes ci-dessous. Là encore, le Secrétariat a suivi de près cette évolution et, dans certains cas, a participé aux débats consacrés à ces initiatives.

1. Transport maritime

a) CNUCED⁹

15. La CNUCED a fait paraître en décembre 2009 son Étude sur les transports maritimes 2009 qui donne un compte rendu détaillé des principaux faits nouveaux concernant le trafic maritime mondial, (lequel totalise plus de 80 % du commerce

⁷ Résolution de l’Assemblée générale des Nations Unies 63/122.

⁸ *Revue de droit uniforme*, NS – vol. XIV, 2009-4.

⁹ www.unctad.org.

international de marchandises), les marchés du fret et les taux de fret, les ports, le transport de surface, les services de logistique ainsi que les questions relatives à la flotte mondiale (notamment propriétaires, mécanismes de contrôle, âge des navires, tonnage et productivité). Il convient de souligner tout particulièrement l'intérêt porté à la plus récente convention de la CNUDCI, les Règles de Rotterdam, qui a été saluée comme un développement juridique majeur dans le domaine en question.

16. Globalement, il ressort de l'Étude sur les transports maritimes 2009 que, si la crise financière et la récession économique mondiales ont généralement eu pour effet de ralentir la croissance, le volume du commerce maritime en 2009 a augmenté, bien qu'à un taux inférieur à celui précédemment observé. Plusieurs évolutions clefs mentionnées dans l'édition 2009 méritent d'être signalées à la lumière des Règles de Rotterdam: en 2008, le trafic maritime mondial de marchandises chargées a augmenté de 3,6 % (comparé à un taux d'augmentation de 4,5 % en 2007) pour atteindre 8,17 milliards de tonnes; début 2009, la flotte mondiale a progressé de 6,7 % par rapport à 2008, atteignant 1,19 milliard de tonnes de port en lourd. De plus, en 2008, la capacité des ports de conteneurs à l'échelle mondiale a augmenté de 3,5 % pour atteindre 506 millions d'équivalents vingt pieds (EVP). Enfin, les taux du fret ont chuté de leurs niveaux de 2008, et le volume des échanges des secteurs des chargements en vrac et des services de ligne ont enregistré un recul spectaculaire de la fin 2008 à 2009. Le marché des affrètements pétroliers a un peu mieux résisté en 2008, mais s'est également contracté au milieu de l'année 2009.

b) Commission européenne¹⁰

17. Notant que 90 % des échanges de fret de l'Europe avec le reste du monde se faisaient par voie maritime, et compte tenu de l'importance globale du secteur de la navigation pour la santé économique de l'Union européenne (UE) en général, la Commission européenne a rendu publique en janvier 2009 sa politique des transports maritimes pour 2018¹¹. Les recommandations stratégiques formulées dans le document d'orientation concernent sept grandes questions: assurer la compétitivité du transport maritime européen; prendre en compte les facteurs humains, tels que l'amélioration des conditions d'emploi des gens de mer; mettre en place un transport maritime plus écologique; garantir un système sûr et sécurisé; se concentrer sur un cadre global de réglementation internationale de la navigation; reconnaître l'importance pour l'Europe du cabotage et des ports et prévoir des mesures pour soutenir ces secteurs; et améliorer l'innovation et le développement technologique.

2. Transport terrestre

a) Commission économique pour l'Europe (CEE)¹²

18. À la quatre-vingt-dix-neuvième session du Groupe de travail des transports routiers (SC.1) de la CEE, en octobre 2005, un comité de rédaction comprenant un

¹⁰ <http://ec.europa.eu>.

¹¹ L'étude sur laquelle se fonde cette politique s'intitule: "Benchmarking strategic options for European shipping and for the European maritime transport system in the horizon 2008-2018", (OPMAR), voir le site http://ec.europa.eu/transport/maritime/policy/index_en.htm.

¹² www.unece.org.

représentant du secrétariat de la CNUDCI, a été constitué pour finaliser le projet de texte du Protocole additionnel à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Genève, 19 mai 1956) (CMR)¹³, visant à faciliter l'utilisation de lettres de voiture électroniques. À sa cent-deuxième session, en mai 2008, les 53 parties actuellement contractantes à la CMR ont été invitées à signer le Protocole additionnel à la Convention, tel que l'avait adopté le Comité des transports intérieurs en février 2008. À l'issue d'une cérémonie de signature tenue le 27 mai 2008, le Protocole additionnel à la CMR a été ouvert à la signature. Huit pays ont signé le Protocole, et trois l'ont ratifié. Le Protocole, qui permettra pour la première fois d'utiliser des lettres de voiture électroniques dans le cadre du transport routier international entrera en vigueur 90 jours après que cinq États auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

19. La soixante-douzième session annuelle du Comité des transports intérieurs de la CEE s'est tenue en février 2010. Des représentants présents à la session ont reconnu qu'une infrastructure mieux conçue, des procédures de passage de frontière et de transit efficaces, des normes de construction de véhicules mettant à profit les progrès techniques et un plus grand rôle assigné aux modes de transport respectueux de l'environnement, tels que les transports ferroviaires et la navigation intérieure, étaient des étapes nécessaires à l'amélioration du transport européen actuel et futur.

b) Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)¹⁴

20. Suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2006, des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, qui apparaissent sous forme d'appendice à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)¹⁵, telle que modifiée par le Protocole de Vilnius de 1999, les États membres continuent de ratifier le Protocole et d'y adhérer. Celui-ci est actuellement en vigueur dans 38 États.

3. Transport fluvial

a) Commission économique pour l'Europe¹⁶

21. La Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (Convention CMNI), 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 (Budapest, 25 septembre-3 octobre 2000), est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005. Elle compte actuellement 13 parties contractantes. La Convention CMNI régit la responsabilité contractuelle des parties au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure et définit les limites de la responsabilité du transporteur.

22. La soixante-douzième session annuelle du Comité des transports intérieurs de la CEE, qui s'est tenue en février 2010, a concentré son attention sur le transport par voie fluviale, et a donné lieu à une table ronde sur la navigation intérieure dont on a

¹³ Entrée en vigueur: 2 juillet 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399, p. 189. Source: <http://www.untreaty.org>.

¹⁴ www.otif.org.

¹⁵ Budapest, 22 juin 2001. Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005.

¹⁶ www.unece.org.

estimé qu'elle devrait pouvoir soulager les routes encombrées et assurer une meilleure rentabilité tout en polluant moins. Les représentants ont insisté sur le besoin d'un investissement stratégique et de réformes de la réglementation ainsi que sur la nécessité d'unifier le marché qui était fragmenté, afin qu'il soit possible d'exploiter les avantages économiques et environnementaux que pouvait offrir le transport par voie fluviale.

4. Transport aérien

a) Association du transport aérien international¹⁷

23. L'Association du transport aérien international met actuellement en œuvre un programme de fret électronique dans l'ensemble du secteur, qui associe les transporteurs, les transitaires, les sociétés de service d'escale, les chargeurs et les autorités douanières. Ce programme vise à réduire l'utilisation de documents papier dans la chaîne logistique du fret aérien grâce à la mise en place d'un environnement électronique plus simple, sans papier. Le projet, lancé en 2005 sous la forme d'un groupe d'action du secteur comprenant six des principaux transporteurs de marchandises dans le monde, l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et Freight Forward International, s'inscrit dans la ligne des initiatives prises par l'OMD et l'ONU dans le domaine des douanes électroniques à l'échelle mondiale. Le programme du fret électronique a été mis en œuvre sur les itinéraires commerciaux clés reliant 24 pays et englobant 127 aéroports et plus de 36 pays sont en voie de l'appliquer pleinement. Les sites qui comptent pour 81 % de tout le fret aérien international devraient être capables d'utiliser le fret électronique à la fin de 2010. On s'attend à ce que 20 des documents papier qui sont nécessaires pour une expédition soient éliminés en 2010, ce qui représente une grande amélioration en termes d'économies et d'efficacité.

5. Transport intermodal ou multimodal

a) Commission économique pour l'Europe¹⁸

24. Le secrétariat de la CNUDCI a participé à la cinquante-deuxième session du Groupe de travail du transport intermodal et de la logistique de la CEE (Genève, 12 et 13 octobre 2009) et a fourni aux participants des informations sur l'origine, les principales innovations et l'état de l'application des Règles de Rotterdam, expliquant leur caractère de convention "maritime plus". À la suite d'un échange de vues sur les avantages et l'impact que pourraient avoir ces Règles, particulièrement en matière de transport intermodal européen, le Groupe de travail a décidé de poursuivre son étude des régimes de responsabilité civile pour augmenter la compétitivité du transport intermodal en Europe. Par ailleurs, la cinquante-troisième session du Groupe de travail, qui devait avoir lieu en mars 2010, a été repoussée au mois d'octobre 2010, afin de permettre la mise en œuvre des modalités de procédures et de fond nouvellement proposées et approuvées en octobre 2009. En particulier, ces nouvelles modalités prévoient la constitution d'un groupe d'experts informel qui sera chargé d'étudier le rôle des États et du secteur en matière de transport intermodal sur les voies fluviales européennes et de cabotage, et de passer

¹⁷ www.iata.org.

¹⁸ www.unece.org.

en revue l'infrastructure et les normes de l'Accord européen sur les grandes lignes de transport international combiné et les installations connexes (AGTC).

b) Discussions régionales sur le transport multimodal – Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale (CESAO)¹⁹ et Ligue des États arabes²⁰

25. Les initiatives régionales dans le cadre du transport multimodal dont il avait été dit qu'elles étaient²¹ en cours d'élaboration sous les auspices de la Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale (CESAO) et la Ligue des États arabes ne sont pas actuellement poursuivies.

c) Commission européenne²²

26. Une étude réalisée pour la Direction générale de l'énergie et des transports de la Commission européenne a été publiée en juin 2009²³. Cette étude fait le point des caractéristiques et de la valeur ajoutée de l'établissement d'un document de transport et d'un régime de responsabilité uniques à l'échelle européenne pour tous les transports de marchandises, quels qu'ils soient, compte tenu de leur capacité à faciliter le transport de fret multimodal. Des consultations avec les États membres de l'Union européenne ont eu lieu depuis la publication de l'étude, et comme celle-ci devrait constituer un des documents d'information que la Commission doit réunir avant de prendre une décision sur le point de savoir s'il convient ou non de donner suite en formulant une proposition législative, aucune décision à ce jour n'a encore été prise.

D. Sûretés réelles

Généralités

27. Grâce à la coordination, une orientation globale et cohérente continue d'être assurée aux États dans le domaine du droit des opérations garanties.

28. Conformément à la décision de la Commission prise lors de sa quarante-deuxième session²⁴, un colloque international sur les opérations garanties s'est tenu à Vienne du 1^{er} au 3 mars 2010. L'objet de ce colloque était d'obtenir des vues et des conseils d'experts concernant les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés réelles. Un résumé des textes de la CNUDCI en la matière a été distribué et l'importance de la mise en œuvre de ces textes a été soulignée. Les thèmes pour les travaux possibles étaient notamment les suivants: un supplément au Guide sur certains types de valeurs mobilières non régies par la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires, des réglementations sur l'inscription des sûretés, une loi type relative aux opérations garanties fondée sur les recommandations du Guide législatif sur les opérations

¹⁹ www.escwa.un.org.

²⁰ www.arableagueonline.org.

²¹ Voir A/CN.9/657, par. 28.

²² <http://ec.europa.eu>.

²³ Le rapport est consultable sur le site: http://ec.europa.eu/transport/strategies/studies/doc/2009_05_19_multimodal_transport_report.pdf.

²⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17)*, par. 317 à 319.

garanties de la CNUDCI, un guide contractuel sur le financement garanti; et un guide contractuel sur la mise sous licence de la propriété intellectuelle. Des experts issus de gouvernements, d'organisations internationales et du secteur privé ont participé à cette réunion de trois jours et les discussions ont servi de point de départ à la note établie par le Secrétariat pour les travaux futurs en matière de sûretés réelles (voir A/CN.9/702). Le colloque a également donné l'occasion d'assurer une coordination efficace avec des organisations internationales compétentes, y compris la Banque mondiale, l'OMPI et UNIDROIT. Certains documents présentés au colloque seront publiés en coordination avec UNIDROIT dans un prochain numéro de sa *Revue de droit uniforme*.

29. Suite aux réunions qui ont eu lieu entre les secrétariats de la Conférence de La Haye de droit international privé, de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et de la CNUDCI²⁵, un document traitant des liens existant entre les textes sur les sûretés de ces organisations est en cours d'élaboration. Ce document aidera les États à envisager la mise en œuvre de ces textes en récapitulant les diverses manières dont ceux-ci peuvent être adoptés en vue d'instaurer un régime législatif moderne, global et cohérent pour les opérations garanties.

1. UNIDROIT²⁶

a) **Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009)**

30. La Conférence diplomatique pour l'adoption d'une convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés s'est tenue en deux sessions sous les auspices d'UNIDROIT, à l'invitation du Gouvernement suisse (Genève, du 1^{er} au 12 septembre 2008 et du 5 au 9 octobre 2009). La Convention a été adoptée et ouverte à la signature le 9 octobre 2009. Le secrétariat de la CNUDCI a activement participé aux deux sessions de la Conférence diplomatique pour assurer, autant que possible, la cohérence entre le projet de convention et les guides législatifs de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et sur les opérations garanties. À ce jour, la Convention a reçu une signature.

b) **Projet de loi type d'UNIDROIT sur le leasing (2008)**

31. Le 13 novembre 2008, la session conjointe de l'Assemblée générale d'UNIDROIT et du Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT chargé d'élaborer un projet de loi type sur le leasing a officiellement adopté la Loi type d'UNIDROIT sur le leasing.

c) **Protocoles à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap)**

Avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux

32. Le Conseil de direction d'UNIDROIT a nommé un Comité pilote et de révision pour faire avancer les travaux sur l'avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux. Le Comité pilote s'est réuni deux fois, la première fois à Berlin, du 7 au 9 mai 2008, à l'invitation du Gouvernement

²⁵ A/CN.9/657/Add.1, par. 1 et 2.

²⁶ www.unidroit.org.

allemand et la deuxième fois à Paris, les 14 et 15 mai 2009, à l'invitation du Centre européen de droit spatial (ECSL). À la suite de ces réunions, et de consultations avec le Président du Comité d'experts gouvernementaux qui a également fait fonction de Président du Comité pilote, la troisième session du Comité d'experts gouvernementaux a été convoquée à Rome du 7 au 11 décembre 2009. La quatrième session du Comité est prévue en mai 2010.

Éventuel protocole à la Convention portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricole, de construction et minier

33. Des études préliminaires sont en cours pour évaluer la nécessité d'élaborer un protocole sur le financement garanti des matériels d'équipement agricole, de construction et minier.

2. Commission européenne²⁷

a) Étude sur la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers

34. La Commission européenne a mené des consultations afin de réaliser une étude sur la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers. Le secrétariat de la CNUDCI poursuivra son dialogue avec la Commission européenne afin d'éviter les conflits entre la Convention et tout instrument que pourrait élaborer la Commission européenne dans ce domaine.

3. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle²⁸

35. Une réunion d'information et de coordination a été convoquée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève le 9 mars 2009, avec la participation de membres du secrétariat de la CNUDCI et d'experts du financement garanti par des propriétés intellectuelles. Les progrès réalisés par le Groupe de travail VI et les travaux que pourrait entreprendre l'OMPI ont été examinés lors de cette réunion, ainsi que lors du colloque de la CNUDCI en mars 2010.

4. Conférence de la Haye²⁹

36. Au cours de l'année passée, les travaux de la Conférence de La Haye sur les sûretés ont porté essentiellement sur les activités postérieures à la Convention de La Haye de 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (Convention de La Haye sur les sûretés).

37. En outre, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye a été associé à l'élaboration du chapitre sur les conflits de lois du projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle.

²⁷ ec.europa.eu.

²⁸ www.wipo.int.

²⁹ www.hcch.net.

5. Organisation des États américains³⁰

38. La septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-VII) a été convoquée à Washington, du 7 au 9 octobre 2009. La Conférence a approuvé le Règlement type sur l'enregistrement en vertu de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières. Le Secrétariat de la CNUDCI a participé aux délibérations de la Conférence.

6. Banque mondiale

39. Le Secrétariat de la CNUDCI a adressé des commentaires au Service-conseil pour l'investissement étranger (FIAS) du Groupe de la Banque mondiale concernant une version révisée de l'Acte uniforme sur les sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), afin d'assurer la cohérence avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Dans le même but, le secrétariat de la CNUDCI a également adressé des commentaires au FIAS concernant l'ensemble des instruments de la Banque mondiale sur les opérations garanties.

E. Commerce électronique

40. Lors de sa quarantième session, en 2007, la Commission avait prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans le domaine de la législation du commerce électronique³¹. Ainsi une mise à jour des activités pertinentes des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international dans le domaine du commerce électronique sera incluse dans le document distinct qui sera soumis à l'examen de la Commission (A/CN.9/692, Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique).

41. Il est fait mention, en particulier, de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières, y compris des guichets uniques internationaux (l'Équipe juridique spéciale conjointe). L'Équipe a été constituée après que la Commission eut prié le Secrétariat de participer activement, avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) et avec le concours d'experts, à l'étude des questions juridiques liées à la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique (A/CN.9/678, par. 6 à 12). Un rapport sur l'état d'avancement des travaux de l'Équipe juridique spéciale conjointe figure dans le document distinct soumis à la Commission (voir A/CN.9/692).

³⁰ www.oas.org.

³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 195.

F. Vente de marchandises

1. Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

42. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), agissant avec le soutien du Service-conseil pour l'investissement étranger (FIAS) du Groupe de la Banque mondiale (qui travaille avec de multiples donateurs), réexamine actuellement les huit Actes uniformes de l'OHADA en vigueur pour tenir compte des évolutions d'ordre économique et juridique consécutives à leur adoption. Cet exercice vise à améliorer la qualité et l'efficacité du cadre juridique et institutionnel de l'OHADA, et à favoriser ainsi le commerce et l'investissement dans les États membres de l'Organisation.

43. Compte tenu des résultats d'une évaluation diagnostique de six des huit actes uniformes, des recommandations ont été formulées pour moderniser ces actes. Actuellement, le processus de réexamen en est dans sa seconde phase, l'objectif étant d'aider l'OHADA à adopter des amendements portant modification des Actes uniformes, sur la base des recommandations formulées lors de l'évaluation.

44. L'Acte uniforme sur le droit commercial général compte parmi les Actes uniformes en cours de révision. Il est considéré comme un élément fondamental du système juridique de l'OHADA car il contient plusieurs dispositions d'application générale dans le domaine du droit commercial. Il contient également des dispositions sur le contrat de vente de marchandises fortement inspirées de celles figurant dans la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM).

45. Les projets d'amendement aux dispositions de l'Acte sur la vente de marchandises s'inspirent, notamment, des normes législatives internationales actuellement appliquées, y compris la CVIM. Aussi, l'adoption de ces projets sous leur forme actuelle pourrait-elle contribuer à harmoniser davantage les dispositions sur la vente de marchandises de l'Acte avec les dispositions correspondantes de la CVIM.

46. Les projets d'amendements doivent être communiqués aux États membres de l'OHADA pour observations, puis examinés lors d'une séance plénière du Conseil des Commissions nationales de l'OHADA, afin que le Conseil des ministres de cette dernière puisse finalement en débattre.

47. Dans le cadre de travaux distincts, l'OHADA, agissant en coopération avec UNIDROIT, a élaboré un projet d'acte uniforme sur le droit des contrats, qui pourrait également s'appliquer aux contrats de vente de marchandises. Ce projet d'acte s'inspire des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, qui étaient pour leur part influencés par les sections correspondantes de la CVIM, du moins en partie. Un colloque sur le projet d'acte uniforme sur le droit des contrats s'est tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007. Le secrétariat de la CNUDCI a été invité à ce colloque et a eu l'occasion de souligner qu'il importait de veiller à l'harmonisation juridique de la législation pertinente aux niveaux aussi bien régional que mondial, y compris en continuant de promouvoir l'adhésion des États membres de l'OHADA à la CVIM.

2. Union européenne

48. En vertu de son mandat, l'Union européenne est tenue de faciliter les opérations transfrontières sur le marché intérieur, notamment en mettant en place un environnement favorable au droit des contrats. À la lumière de l'expérience acquise lors de l'adoption de mesures relatives à des contrats ou secteurs spécifiques, une approche plus globale a été retenue, sous la forme d'un "Cadre de référence commun". Ce cadre de référence commun vise à appuyer la révision de la législation existante et l'élaboration de nouvelles lois dans le domaine du droit des contrats en énonçant les principes fondamentaux du droit des contrats, en donnant des définitions des concepts clefs et en formulant des dispositions types.

49. Le Cadre de référence commun, qui est un document de caractère théorique, s'inspire des principes du droit européen des contrats et des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, et de ce fait également de la CVIM, du moins en partie. L'Union européenne publie des mises à jour régulières sur l'évolution du Cadre de référence commun et d'autres projets théoriques en cours d'examen dans le domaine du droit des contrats³². De plus, le Cadre de référence commun a également suscité un vif intérêt de la part des milieux universitaires.

3. Enquête en ligne sur le droit des ventes internationales

50. Le Projet sur le droit des ventes internationales a été conçu pour que les chercheurs et praticiens puissent disposer d'un vaste ensemble de travaux de recherche de base dans ce domaine³³. Une enquête en ligne a été mise en place par le Projet sur le droit des ventes internationales afin de réunir des données sur la pratique suivie dans le domaine de la vente internationale de marchandises.

51. Les résultats de l'enquête peuvent être utiles pour suivre l'application et l'interprétation uniforme de la CVIM et de la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (modifiée en 1980). Le Secrétariat a appuyé l'enquête en ligne sur le droit des ventes internationales, dont les résultats seront communiqués pour permettre une utilisation indépendante. Un rapport sur les résultats de l'enquête en ligne sera présenté à la Commission à sa quarante-quatrième session.

³² http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_fr.htm.

³³ <http://www.globalsaleslaw.org/>.

A/CN.9/707/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
III. Harmonisation et unification du droit commercial international (<i>suite</i>)	1-45
G. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial	1-26
H. Marchés publics	27-45

III. Harmonisation et unification du droit commercial international (*suite*)**G. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial****American Arbitration Association¹**

1. L'American Arbitration Association (AAA) connaît des affaires soumises à arbitrage et assure des services administratifs aux États-Unis et à l'étranger par l'intermédiaire de son Centre international de règlement des différends, notamment en apportant son concours à la nomination de médiateurs et d'arbitres. Les autres services qu'elle rend comprennent la conception et la mise au point de modes alternatifs de règlement des litiges pour les entreprises, les syndicats, les organismes publics, les cabinets d'avocats et les tribunaux. L'Association propose également des cours, des formations et des publications permettant de mieux comprendre le règlement extrajudiciaire des litiges.

2. Avec effet au 1^{er} octobre 2009, l'Association a annoncé la version révisée du Règlement d'arbitrage et de médiation de l'industrie du bâtiment². En mai 2009, des modifications ont été apportées aux procédures complémentaires relatives à l'arbitrage des infractions aux Règles antidopage afin d'assurer une plus grande cohérence et une meilleure application du cadre procédural dans lequel s'inscrit ce type d'affaires³. En avril 2009, l'Association a mis au point des règles d'arbitrage non contraignantes pour les litiges entre commerçants et consommateurs, ainsi qu'entre salariés et employeurs. Ces règles constituent pour les parties en litige un moyen de régler leurs affaires au moyen de la procédure d'arbitrage, qui comporte

¹ <http://www.adr.org>.

² <http://www.adr.org/sp.asp?id=36626>.

³ <http://www.adr.org/sp.asp?id=36606>.

une audience informelle sur le fond du litige, mais elles n'ont pas le caractère définitif d'une décision contraignante. En février 2008, de nouvelles règles et procédures tendant à faciliter le règlement des différends en matière d'assurance ont pris effet⁴.

American Bar Association⁵

3. L'American Bar Association (ABA) mène une initiative en faveur de l'état de droit, projet d'intérêt public qui consiste à promouvoir l'état de droit partout dans le monde. Ce projet vise à améliorer, entre autres, la compétence et l'expertise des praticiens de la justice en leur apportant une assistance technique. Il comprend une formation juridique de fond sur le règlement extrajudiciaire des litiges et la médiation⁶.

Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique⁷

4. Lors de la session de Doha, en 1978, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique a décidé de créer des centres régionaux d'arbitrage commercial international sous ses auspices dans différentes parties de l'Asie et de l'Afrique afin de réduire au minimum le nombre de dossiers d'arbitrage confiés à des institutions extérieures à ces deux régions. L'Organisation poursuit les objectifs suivants: a) promouvoir l'arbitrage commercial international en Asie et en Afrique; b) coordonner et appuyer les activités des institutions d'arbitrage existantes, en particulier celles qui se trouvent dans les deux régions; c) apporter son concours à la conduite des arbitrages ad hoc, en particulier ceux qui sont faits en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; d) apporter son concours à l'exécution des sentences arbitrales; et e) prévoir des arbitrages sous l'égide des deux centres, le cas échéant⁸.

5. Un rapport sur la mise en place de ces centres a été présenté à la quarante-huitième session annuelle de l'Organisation, en août 2009⁹.

Asia Pacific Regional Arbitration Group¹⁰

6. L'Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG) est une fédération régionale d'associations d'arbitrage qui a pour objectif d'améliorer les normes et les connaissances en matière d'arbitrage international et de présenter des propositions au nom de la région Asie-Pacifique aux organisations nationales et internationales. Un nouveau membre, l'Association d'arbitrage du Taipei chinois, y a adhéré en mars 2009. La Commission d'arbitrage de Beijing a introduit en mars 2009 de nouvelles règles pour le Comité de règlement des différends dans le domaine du bâtiment¹¹. En mai 2009, la Commission chinoise d'arbitrage économique et

⁴ <http://www.adr.org/sp.asp?id=33856>.

⁵ <http://www.abanet.org>.

⁶ http://www.abanet.org/rol/programs/resource_legal_profession_reform.html.

⁷ <http://www.aalco.int>.

⁸ <http://www.aalco.int/Regional%20Arbitration%20Centre.htm>.

⁹ Le rapport sur les centres régionaux d'arbitrage de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique a été adopté en tant que résolution (RES/48/ORG 3). Voir <http://www.aalco.int/Report%202009/Summary%20Report-09-final.pdf>.

¹⁰ <http://www.aprag.org>.

¹¹ <http://www.aprag.org/downloads/Newsletter/APRAG%20Newsletter%20200906.pdf>.

commercial international (CIETAC) a mis en place son Règlement d'arbitrage en ligne.

Association of the Bar of the State of New York¹²

7. L'Association of the Bar of the State of New York (NYSBA) dispose d'une Section de règlement des différends, qui est chargée d'améliorer le processus et de faciliter la compréhension des modes alternatifs de règlement des litiges, afin de renforcer les compétences des praticiens et de faire mieux connaître et rendre plus accessibles les solutions retenues par les parties¹³. En avril 2009, le Comité exécutif et l'Assemblée des délégués de l'Association ont approuvé à l'unanimité le rapport du Comité d'arbitrage de la Section de règlement des différends sur l'enquête préalable en matière d'arbitrage dans les affaires relevant du commerce national. Ce rapport doit aider les arbitres à réaliser efficacement les enquêtes préalables dans les affaires relevant du commerce national, d'une manière qui soit à la fois équitable et peu coûteuse au regard des résultats¹⁴. En novembre 2009, l'Association accueillera une réunion sur l'arbitrage et la médiation en matière de valeurs mobilières, qui permettra de présenter de manière détaillée les principaux problèmes auxquels doivent faire face les conseils dans ce domaine et de donner des avis, étape par étape, sur les moyens les plus efficaces de tenir des audiences¹⁵.

Organisation des télécommunications du Commonwealth¹⁶

8. Le Centre alternatif pour le règlement des différends de l'Organisation des télécommunications du Commonwealth a pour vocation première de régler les litiges dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Il a noué des relations de partenariat avec le Chartered Institute of Arbitrators, le Centre for Effective Dispute Resolution et le Groupe ADR. Il gère, conjointement avec The Claims Room.com Ltd, un programme de règlement en ligne des litiges¹⁷. Conscient de la nécessité de renforcer les capacités dans les pays en développement et dans le secteur des entreprises proprement dit, il propose des programmes de formation.

Association européenne des juristes d'entreprise¹⁸

9. L'Association européenne des juristes d'entreprise met actuellement sur pied un groupe de travail sur la médiation afin de suivre: 1) la mise en œuvre de la directive européenne 2008/52/CE relative à la médiation des litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale; et 2) la situation juridique dans les pays des associations membres en ce qui concerne la médiation en matière civile et

¹² <http://www.nysba.org>.

¹³ http://www.nysba.org/AM/Template.cfm?Section=Dispute_Resolution_Home&Template=/CustomSource/SectionHome.cfm&Sec=DRS.

¹⁴ <http://www.nysba.org/AM/Template.cfm?Section=Home&TEMPLATE=/CM/ContentDisplay.cfm&CONTENTID=%2028055>.

¹⁵ <http://www.nysba.org/AM/Template.cfm?Section=Events1&Template=/Conference/ConferenceDescByRegClass.cfm&ConferenceID=3726>.

¹⁶ <http://www.cto.int>.

¹⁷ <http://www.ctomediation.com>.

¹⁸ <http://www.ecla.org>.

commerciale, y compris l'élaboration de la législation nationale sur la médiation et/ou les médiateurs¹⁹.

Chambre de commerce internationale²⁰

10. La Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) a mis sur pied six groupes de travail couvrant les domaines suivants: amiable composition et *ex aequo et bono*, lignes directrices pour les procédures d'expertise de la CCI, fiducies et arbitrage, règles de procédure nationales pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conformément à la Convention de New York de 1958, documents électroniques dans le cadre de l'arbitrage et arbitrages faisant intervenir des États ou des entités étatiques.

11. Les informations recueillies à la suite des études réalisées par le groupe de travail "amiable composition et *ex aequo et bono*"²¹ ont constitué le fondement du projet de rapport sur cette question, qui a été présenté aux membres de la Commission pour examen en avril 2008. Le groupe de travail révisera le rapport en prenant en compte toutes les observations faites par les membres lors de cet examen.

12. Le groupe de travail sur les lignes directrices pour les procédures d'expertise prépare une note explicative concernant l'utilisation de services d'experts, notamment: recours à des experts dans le cadre de procédures d'arbitrage devant la CCI; recours à des experts chargés d'établir les faits conformément au règlement d'expertise; et recours à des experts neutres en qualité de facilitateurs conformément au Règlement ADR de la CCI et du Règlement de la CCI relatif aux Dispute Boards²².

13. La CCI a publié un guide sur les règles de procédure nationales pour l'exécution des sentences arbitrales afin de marquer le cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) en septembre 2009²³. Ce rapport est l'aboutissement des travaux du groupe de travail de la CCI chargé des règles de procédure nationale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conformément à la Convention de New York, qui avait été constitué dans la perspective du cinquantenaire de cette Convention en 2008²⁴. Le groupe de travail sur l'arbitrage faisant intervenir des États ou des entités étatiques, créé en mars 2009, a pour vocation d'étudier et de recenser les caractéristiques essentielles et particulières des arbitrages concernant des États ou des entités étatiques et de déterminer si des considérations d'ordre procédural spéciales doivent s'appliquer à

¹⁹ <http://www.ecla.org/documents/March.2009.pdf>.

²⁰ <http://www.iccwbo.org>.

²¹ D'autres informations sont disponibles sur le site: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html>. Voir aussi A/CN.9/657, par. 31.

²² Des informations relatives au groupe de travail sur les lignes directrices pour les procédures d'expertise de la Chambre de commerce internationale sont disponibles à l'adresse suivante: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1785/index.html>.

²³ Des informations sur le rapport sont disponibles à l'adresse: <http://www.iccwbo.org/index.html?id=32917>.

²⁴ Des informations relatives au groupe de travail chargé des règles de procédure nationale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont disponibles à l'adresse: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id15588/index.html>.

cette procédure, y compris en ce qui concerne les différends relatifs aux investissements en vertu de traités bilatéraux et multilatéraux ou de lois nationales sur l'investissement²⁵. Il a également pour mission d'examiner les procédures d'arbitrage de la CCI et les pratiques de la Cour et de déterminer si les arbitrages de la CCI faisant intervenir des États ou des entités étatiques supposent des exigences particulières. Plus précisément, il est appelé à déterminer si et en quoi la présence d'un État ou d'une entité étatique peut ou devrait influencer sur la conduite de l'arbitrage et sur le rôle de l'institution administrant la procédure. Enfin, il doit formuler des propositions pour renforcer le rôle de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI dans le règlement des différends faisant intervenir des États ou des entités étatiques, y compris les différends relatifs aux investissements en vertu de traités bilatéraux et multilatéraux ou de lois nationales sur l'investissement.

14. Le groupe de travail sur les documents électroniques dans le cadre de l'arbitrage, créé en août 2008, a pour vocation d'étudier et de recenser les caractéristiques essentielles et les principaux effets de la communication de documents électroniques dans le cadre de l'arbitrage international et d'établir un rapport, éventuellement sous la forme de notes ou de recommandations concernant la production de documents électroniques dans ce contexte²⁶.

15. Le groupe de travail sur les fiducies et l'arbitrage a pour mission d'examiner et de recenser les questions particulières en la matière et, s'il l'estime nécessaire, d'établir un rapport; d'étudier la possibilité de proposer un projet de clause type d'arbitrage de la CCI à inclure dans l'acte de fiducie et, au besoin, de proposer une telle clause et d'élaborer une note explicative. Le projet de document établi par le groupe de travail a été approuvé par les membres de la Commission, sous réserve d'un remaniement par un petit comité chargé de prendre en compte les diverses observations formulées par les membres et les comités nationaux.

Société financière internationale²⁷

16. La Société financière internationale (SFI), institution du Groupe de la Banque mondiale chargée des opérations avec le secteur privé, fournit, par l'intermédiaire de ses services consultatifs au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, une assistance technique et des services consultatifs visant au développement du secteur privé. Dans le cadre de ses interventions, la SFI favorise le règlement extrajudiciaire des litiges pour limiter les procédures judiciaires longues et coûteuses et élargir l'accès à la justice. En 2005, elle a lancé un projet de règlement extrajudiciaire des litiges, qui a conduit à la création du Centre de règlement des différends de Karachi, au Pakistan. À l'heure actuelle, elle s'attache à étendre le recours à cette procédure dans le pays. La CNUDCI et la SFI étudient actuellement les possibilités de collaboration dans ce domaine.

²⁵ Des informations relatives au groupe de travail sur l'arbitrage faisant intervenir des États ou des entités étatiques sont disponibles à l'adresse: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id8222/index.html>.

²⁶ Des informations relatives au groupe de travail sur les fiducies et l'arbitrage sont disponibles à l'adresse: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id8222/index.html>.

²⁷ <http://www.ifc.org>.

Association internationale du barreau²⁸

17. Le 15 juin 2009, le Comité d'arbitrage a présenté à la Commission européenne un document dans lequel il commentait les principaux aspects du rapport de la Commission et du Livre vert l'accompagnant sur les éventuelles modifications à apporter au fonctionnement du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce document porte sur les éléments du rapport et du Livre vert qui concernent l'interface entre le Règlement et l'arbitrage, et en particulier sur la proposition de supprimer l'exclusion de l'arbitrage figurant dans le Règlement²⁹.

Conseil international pour l'arbitrage commercial³⁰

18. Le Conseil international pour l'arbitrage commercial est une organisation mondiale qui s'attache à promouvoir l'utilisation et l'amélioration des mécanismes d'arbitrage, de conciliation et d'autres formes de règlement des différends commerciaux internationaux. Ses activités consistent notamment à organiser des congrès et des conférences internationales sur l'arbitrage, à parrainer des publications faisant autorité sur le règlement des différends et à promouvoir l'harmonisation des règlements, lois, procédures et normes concernant l'arbitrage et la conciliation.

19. Le Conseil international publie un annuaire qui fait le point tous les ans des principales évolutions dans le monde de l'arbitrage, notamment: les sentences arbitrales institutionnelles et ad hoc, les décisions judiciaires en matière d'arbitrage dans le monde entier, les décisions judiciaires relatives aux principales conventions d'arbitrage multilatérales, les commentaires sur les décisions des tribunaux relatives à la Convention de New York, les évolutions du droit et de la pratique de l'arbitrage, un condensé des sentences et des décisions concernant les traités relatifs aux investissements et une bibliographie des textes les plus récents. Il publie également un guide international de l'arbitrage commercial, qui porte sur le droit de l'arbitrage et la pratique arbitrale dans plus de 70 pays (dernière mise à jour: mars 2009)³¹.

Organisation de coopération et de développement économiques³²

20. En 2007, l'OCDE a décidé de modifier son Modèle de Convention fiscale à la base de la plupart des négociations entre les pays sur les questions fiscales, en prévoyant la possibilité d'un arbitrage des différends transfrontaliers si ceux-ci restaient sans solution pendant plus de deux ans³³.

21. En juillet 2008, le Conseil de l'OCDE a approuvé la mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale, qui prévoit, comme mentionné ci-dessus, la possibilité d'un arbitrage des différends transfrontaliers si ceux-ci restent sans solution pendant plus de deux ans³⁴.

²⁸ <http://www.ibanet.org>.

²⁹ http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Default.aspx.

³⁰ <http://www.arbitration-icca.org>.

³¹ <http://www.arbitration-icca.org/publications.html>.

³² <http://www.oecd.org>.

³³ <http://www.oecd.org/dataoecd/17/59/38055311.pdf>. Voir aussi A/CN.9/657, par. 37 et 38.

³⁴ La mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE est consultable sur le site:

Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires³⁵

22. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), agissant avec l'appui du FIAS³⁶, analyse actuellement de façon systématique ses huit Actes uniformes en vue de leur éventuelle révision, afin d'évaluer leur application et de faire en sorte qu'ils contribuent au développement du secteur privé sur le continent. Le secrétariat de la CNUDCI participe à l'analyse, réalisée par l'OHADA, de l'Acte uniforme sur l'arbitrage³⁷ qui se fonde sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Cet acte est complété par le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui définit les fonctions de la Cour à l'égard de l'arbitrage et d'autres questions intéressant sa compétence.

Cour permanente d'arbitrage³⁸

23. En 2008, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a reçu 34 nouvelles demandes de désignation d'une autorité de nomination ou de services agissant en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a coparrainé le colloque "Multiplicité des parties, multiplicité des problèmes" tenu à La Haye en mai 2007. Ce colloque a donné lieu à un ouvrage de compilation intitulé "Multiple Party Actions in International Arbitration", qui réunit des articles sur l'arbitrage international multipartite du point de vue théorique et pratique³⁹.

CNUCED⁴⁰

24. La CNUCED continue de mettre en œuvre son projet visant à renforcer les capacités par le biais d'une formation au règlement des différends ayant trait au commerce international, aux investissements et à la propriété intellectuelle⁴¹. Ce projet a pour but de promouvoir l'intégration des pays en développement et en transition dans le système commercial multilatéral en renforçant les capacités en la matière. Pour ce faire, il vise à améliorer les connaissances et la réflexion critique sur le cadre juridique régissant le règlement des différends dans les relations économiques et commerciales internationales des organismes internationaux, telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), la Chambre de commerce internationale (CCI), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) du Groupe de la Banque mondiale, et la CNUDCI.

25. Des ateliers de renforcement des capacités sont organisés à l'intention des fonctionnaires, universitaires, juristes et entrepreneurs de pays en développement, y compris les PMA, et de pays en transition. Depuis son lancement en mai 2002, le

<http://www.oecd.org/dataoecd/37/46/41037685.pdf>.

³⁵ <http://www.ohada.org>.

³⁶ Le FIAS est le Service-conseil pour l'investissement étranger du Groupe de la Banque mondiale. Voir: <http://www.fias.net>.

³⁷ <http://www.ohada.org/actes-uniformes/actes/publish.html>.

³⁸ <http://www.pca-cpa.org>.

³⁹ Le rapport annuel 2008 de la CPA est consultable sur le site: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/03%20Report%201-17.pdf>.

⁴⁰ <http://www.unctad.org>.

⁴¹ Voir A/CN.9/657, par. 37 et 38. Pour tout complément d'information, voir: <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=4403&lang=1>.

projet a permis de nouer une coopération fructueuse avec des organismes des Nations Unies et des organisations internationales telles que l'OMC, l'OMPI, la CCI, le CIRDI, la CNUDCI, la Banque mondiale et le Centre consultatif sur la législation de l'OMC. La coopération s'exerce également avec des organismes nationaux et régionaux, surtout pour ce qui est de l'organisation et de la tenue d'ateliers. Parmi les faits récents, on citera la conclusion d'un mémorandum d'accord entre la CNUCED et la City University de Hong Kong⁴² sur le renforcement des capacités à l'appui du règlement des différends internationaux (10 mars 2008) et l'organisation d'un atelier sur le règlement des différends à Riyad (1^{er}-4 juin 2008)⁴³.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁴⁴

26. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a un Centre d'arbitrage et de médiation qui assure des services dans le domaine de l'arbitrage, de la médiation et du règlement des litiges concernant les noms de domaine. Ce centre fournit diverses informations sur son site Internet, y compris le nombre d'affaires étudiées par l'OMPI, des exemples d'affaires, des publications sur le Centre et ses services⁴⁵. Il organise des ateliers et conférences sur le règlement des différends, comme l'atelier sur les modes alternatifs de règlement des différends dans le cadre de la collaboration en matière de recherche-développement, qui s'est tenu en Belgique le 13 novembre 2009, et la conférence qui s'est tenue le 12 octobre 2009 pour marquer le dixième anniversaire des Principes régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP). Cette conférence visait à faire le bilan de l'expérience acquise en matière de Principes UDRP et d'en tirer des enseignements en vue d'éclairer d'autres processus relatifs à l'avenir du système d'adressage par domaine dans le contexte plus large de la propriété intellectuelle. En décembre 2008, le Centre de l'OMPI a adressé à l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) une proposition tendant à supprimer l'obligation de présenter et de distribuer des copies papier des plaidoiries relatives au processus des Principes UDRP, qui est actuellement examinée par l'ICANN. Cette proposition va dans l'intérêt de toutes les parties en éliminant les supports papier et en améliorant les délais prévus dans les Principes UDRP, sans porter préjudice ni aux plaignants ni aux défendeurs.

H. Marchés publics

1. Situation générale et incidence sur les activités du Groupe de travail de la CNUDCI

27. La passation des marchés publics est régie par un ensemble d'instruments internationaux, régionaux et nationaux. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services est un instrument national, et ses dispositions sont expressément soumises à un traité ou à autre accord entre un État

⁴² <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4492&lang=1>.

⁴³ <http://www.unctad.org/Templates/Meeting.asp?intItemID=2068&lang=1&m=15358&year=2008&month=6>.

⁴⁴ <http://www.wipo.int>.

⁴⁵ <http://www.wipo.int/amc/en>.

adoptant et un ou plusieurs États ou organisations internationales, de sorte que, lorsqu'une loi contredit les obligations découlant de ces traités ou accords, ces derniers prévalent (article 3 du texte).

28. Au niveau international, la Convention des Nations Unies contre la corruption (A/Res/58/4) renferme des dispositions impératives sur les marchés publics. Au niveau régional, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1997) peut s'appliquer aux marchés publics internationaux dans les États qui y sont parties. Les États adoptants peuvent également appartenir à des organisations commerciales régionales ou à d'autres groupements internationaux ou régionaux⁴⁶ ayant adopté des textes réglementaires ou des accords qui traitent des marchés publics à la fois par des dispositions expresses et par l'interdiction de toute discrimination contre les fournisseurs étrangers au sein de l'organisation ou du groupement.

29. Le Groupe de travail en a donc conclu que la Loi type devrait être conforme aux dispositions de ces autres textes et accords afin qu'elle puisse être incorporée dans le droit interne de tous les États qui y sont parties, en plus de l'objectif général de coordination et de coopération dans les activités relatives à la passation des marchés, pour que l'harmonisation de la législation et de la pratique en la matière en soit facilitée.

30. Un certain nombre d'organisations internationales et régionales sont régulièrement représentées aux sessions du Groupe de travail, à l'occasion desquelles elles lui fournissent des informations sur leurs activités normatives et législatives en général et sur la passation électronique des marchés publics en particulier. Le secrétariat de la CNUDCI participe en outre activement aux travaux, dont il est rendu compte ici, des banques multilatérales de développement (BMD), de l'OCDE et de l'ONUDC et communique régulièrement avec d'autres organisations. Il coopère également avec le secrétariat de l'OMC sur diverses questions concernant l'assistance législative et technique.

2. Activités actuelles des organisations internationales

Afrique

Banque africaine de développement

31. La BAfD et le Service des marchés publics (PPS) de la Corée ont signé un mémorandum d'accord en septembre 2009, pour renforcer la collaboration concernant la réforme des marchés publics. Le PPS, qui est l'organisme public coréen chargé de la passation des marchés, a créé le système en ligne coréen de

⁴⁶ Tels que l'APEC, le COMESA, la Commission européenne, le projet d'accord de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Organisation des États américains (OEA) et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La portée et le contenu de la Loi type diffèrent des règles internationales relatives à la passation de marchés qui sont destinées à favoriser le commerce transfrontalier, à la fois au niveau du détail des procédures et dans une certaine mesure eu égard aux objectifs – ces derniers sont axés sur le commerce transfrontalier et non sur la réalisation des objectifs d'un système national de passation de marchés (par exemple optimisation des dépenses et prévention de la corruption). Les banques multilatérales de développement ont également publié des lignes directrices relatives à la passation des marchés qu'elles financent.

passation des marchés (KONEPS) en 2002. La communauté internationale considère que le KONEPS est exemplaire et le PPS a commencé à partager ses connaissances et son expérience à cet égard avec d'autres pays en développement. Dans le cadre du mémorandum d'accord, les deux institutions collaboreront à la définition de politiques, au développement institutionnel et au renforcement des capacités, apporteront leur soutien aux initiatives et réseaux multinationaux ou ayant une vocation particulière qui s'occupent de la réforme des marchés publics en Afrique, fourniront une assistance technique et réaliseront des études de faisabilité relatives à d'éventuels projets portant sur la réforme des marchés publics et en particulier sur la passation des marchés en ligne, et assureront la valorisation et l'échange de ressources humaines au moyen de programmes de formation, de détachement d'experts et de séminaires dans la région.

Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe

32. Des informations communiquées à la Commission ont fait état des activités du COMESA concernant le Projet d'approfondissement des réformes et de renforcement des capacités en matière de passation des marchés, qui s'inscrit dans le cadre du Projet de réforme de la passation des marchés publics⁴⁷.

33. Avec l'appui de la Banque africaine de développement, le COMESA a poursuivi son œuvre de consolidation des réformes menées au titre des deux projets précités dans ses États membres pour faire connaître les principes et le fonctionnement des systèmes nationaux et régionaux de passation de marchés, la publication des législations et réglementations nationales sur les marchés publics qui sont conformes à la directive adoptée par le COMESA dans le cadre du Projet de réforme de la passation des marchés publics, et l'existence de supports de formation et d'études de cas sur la passation.

34. En juin 2009, le COMESA a publié un projet de règlement régissant la passation des marchés publics à l'appui de la directive. Ce règlement porte sur l'intégration de la passation des marchés publics dans le COMESA, les seuils financiers, les préférences et les règles d'origine pour le commerce et les marchés au sein du COMESA, le processus de passation des marchés, la tenue des dossiers et les mécanismes de recours, ainsi que les règles de conduite et l'éthique, et il y est question aussi de la réforme de la passation des marchés dans les États membres et des instructions régionales complémentaires, s'agissant notamment des comités techniques, des mécanismes de règlement des différends et de la coopération entre les États membres.

⁴⁷ Élaboré par le secrétariat du COMESA conformément à la décision prise à la dix-septième réunion du Conseil des ministres du COMESA (Kampala, 4 et 5 juin 2004). Les États membres de ce dernier sont l'Angola, le Burundi, les Comores, Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Kenya, la Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, le Malawi, Maurice, l'Ouganda, la République démocratique du Congo, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, la Zambie et le Zimbabwe.

Asie

Coopération économique Asie Pacifique

35. Pendant la période considérée, le Groupe d'experts des marchés publics de l'APEC⁴⁸ a poursuivi ses travaux concernant les Normes de transparence des marchés publics de l'APEC (Transparency Standards on Government Procurement) (les "Normes de transparence"), comme cela a été indiqué précédemment; il a poursuivi ses projets de renforcement des capacités, y compris en favorisant les initiatives en faveur des PME, en communiquant des informations sur les normes de transparence et en encourageant les pays membres à mettre en commun les informations sur l'encadrement de la passation des marchés à l'échelle nationale, y compris sur les initiatives relatives à la passation des marchés en ligne, et sur les accords commerciaux multilatéraux et bilatéraux négociés par les pays membres. Il a aussi élaboré un cadre pour les principes directeurs applicables à la passation des marchés en ligne, et a évalué les systèmes et politiques de passation des marchés dans les pays membres afin de faciliter l'ouverture des marchés publics des pays de l'APEC aux entreprises privées.

Europe

Commission européenne

36. Pendant la période considérée, la Communauté européenne a publié la Directive 2009/81/CE relative à la passation de marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité, qui est entrée en vigueur le 21 août 2009. Cette directive vise à créer un marché européen de la défense, en favorisant le développement de la base de fournisseurs liés à la défense en Europe. Auparavant, la grande majorité des marchés liés à la défense et des marchés sensibles dans le domaine de la sécurité étaient exemptés des règles visant le marché intérieur communautaire. L'une des raisons de cette exemption était que l'on jugeait que la réglementation de l'UE en vigueur relative à la passation de marchés se prêtait mal à la plupart des achats dans le domaine de la défense et de la sécurité. La Directive relative à la passation de marchés dans le domaine de la défense prévoit des règles spéciales pour les marchés de la défense et de la sécurité, qui sont normalement complexes et sensibles et soulèvent des questions de sécurité. Ces règles s'appliquent aux marchés de fourniture d'armes, de munitions et de matériel de guerre ainsi qu'aux marchés sensibles non militaires dans des domaines tels que la protection contre le terrorisme, qui sont considérés comme ayant des caractéristiques similaires aux marchés de la défense.

BERD

37. Bien qu'elles aient été modifiées et actualisées à plusieurs reprises depuis leur adoption en 1992, la politique et les règles de passation des marchés de la BERD n'avaient pas été soumises à un examen complet. En 2008, la BERD a donc entrepris de les réviser, pour tenir compte de l'accroissement des efforts de lutte contre la fraude et la corruption et y incorporer des dispositions qui sont le reflet des politiques conduites par la Banque dans d'autres domaines (partenariats public-privé, environnement social), des ajustements pour prendre en considération

⁴⁸ Créé en 1995, il relève du Comité du commerce et de l'investissement de l'APEC.

les particularismes locaux (lois, langue, devise, fiscalité) afin de permettre à la Banque de continuer à œuvrer dans un environnement infranational dans le cadre de sa politique et de ses règles de passation des marchés, ainsi que des aménagements pour moderniser et actualiser ces dernières pour qu'elles soient en phase avec les pratiques actuelles et les technologies du Web. L'examen a comporté une consultation publique en 2008 pour que des commentaires sur les révisions proposées puissent être formulés. La version révisée de la politique et des règles de passation des marchés a été présentée au Conseil d'administration de la BERD en mai 2009. Les principales modifications étaient les suivantes: nouvelles dispositions visant à tenir compte des meilleures pratiques en matière environnementale et sociale, renforcement de l'élaboration de principes, de notions pertinentes et d'orientations et mécanisme d'examen ou de recours, liens directs avec les mécanismes anticorruption au sein de la BERD, modifications apportées aux seuils financiers, assouplissement de certains impératifs concernant la langue anglaise et les devises, autorisation de prendre en compte les droits et taxes d'importation dans l'évaluation, et référence à la sélection des parties privées à des accords de concession.

Banques multilatérales de développement (BMD)

38. Un groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique (e-GP) (le "Groupe de travail conjoint")⁴⁹ a été constitué au début de 2003 par la BASD, la BID et la Banque mondiale auxquelles se sont jointes par la suite la BAfD et la BERD⁵⁰.

39. Le Groupe de travail conjoint continue d'établir des documents pour promouvoir la passation électronique dans le cadre de projets financés par les banques multilatérales de développement, notamment un dossier e-GP, renfermant un guide de planification stratégique et un document d'orientation stratégique, une feuille de route, un cadre de normes, une étude sur les problèmes d'authentification, un guide d'activation pour l'acheteur et le fournisseur, et une évaluation de l'état de préparation. Ces documents viendront s'ajouter aux règles sur les appels d'offres électroniques (E-Tendering Requirements) publiées en octobre 2005 et aux lignes directrices sur les enchères électroniques inversées (E-Reverse Auction Guidelines) publiées en décembre 2005⁵¹, et complèteront, sans les remplacer, les règles actuellement applicables aux processus de passation de marchés pour des activités financées par des banques multilatérales de développement.

40. La Banque mondiale a poursuivi ses consultations sur l'utilisation des systèmes nationaux de passation des marchés. Il s'agit de renforcer les institutions nationales qui disposent de systèmes efficaces et de bonnes capacités en la matière. La Banque réalise des programmes pilotes dans 10 pays dont les systèmes de passation des marchés répondent à ses normes, conformément aux meilleures pratiques internationales, afin de renforcer la capacité d'assurer une passation des

⁴⁹ A/CN.9/598/Add.1, par. 10. Voir aussi la note du Secrétariat intitulée "Activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international", dont la Commission était saisie à sa trente-huitième session (la "note de 2005"), A/CN.9/584, par. 50.

⁵⁰ Le secrétariat de la CNUDCI participe aux réunions du Groupe de travail conjoint en qualité d'observateur.

⁵¹ Il en est question dans le document A/CN.9/598/Add.1, par. 14 à 20.

marchés de qualité et de favoriser le développement institutionnel. Elle s'emploie également à promouvoir l'appel à la concurrence internationale, afin de permettre aux entreprises internationales d'entrer en concurrence pour les projets financés par la Banque et les projets et marchés locaux. Des consultations ont eu lieu avec les entreprises et les gouvernements de 78 pays, avec des organisations et avec les gouvernements des pays qui devraient être les bénéficiaires finals du programme pilote.

OCDE

41. Pendant la période considérée, l'OCDE a poursuivi ses efforts pour appuyer "le projet de liste de vérification pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics", dont il a déjà été fait état, en consultant un réseau d'experts en matière de passation de marchés (y compris le secrétariat de la CNUDCI) à propos d'un projet de jeu d'outils visant à renforcer l'intégrité dans les marchés publics. L'OCDE souligne que ce projet de document est un élément essentiel d'un dispositif de soutien à la stratégie de l'Organisation tendant à rendre l'économie mondiale plus forte, plus saine et plus équitable, en prenant en compte les appels des pays en faveur de lignes directrices, d'outils pratiques et d'une analyse des facteurs de vulnérabilité liés à la crise financière et économique.

42. Le Comité de gouvernance publique de l'OCDE a approuvé la poursuite des travaux et le lancement des consultations prévues sur le jeu d'outils afin de transformer ces outils en document en ligne qui fonctionnera en direct aux niveaux tant international que régional à l'appui de la réforme des marchés publics du point de vue de la gouvernance publique, de l'aide au développement et de la prévention de la corruption dans les marchés publics.

Organisation des Nations Unies et ONUDC

43. L'ONU a décidé de créer deux mécanismes indépendants, à savoir un conseil d'examen des acquisitions, chargé d'étudier les recours relatifs aux décisions en matière de passation, et un comité d'examen supérieur, à titre expérimental, au Siège de l'ONU. Bien que ces mesures visent la passation de marchés réalisée par une organisation internationale plutôt que par un État, la réforme est un signal clair que les mécanismes de recours, prescrits par la Convention des Nations Unies contre la corruption et par la Loi type de la CNUDCI dans son projet de texte révisé, sont désormais une caractéristique commune des systèmes de passation des marchés.

44. La Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption a tenu sa troisième et dernière session à Doha (Qatar), du 9 au 13 novembre 2009. La session, coordonnée par l'ONUDC en tant que dépositaire de ladite Convention, et à laquelle le secrétariat de la CNUDCI était représenté, a porté principalement sur deux questions clés concernant l'examen de la mise en œuvre de la Convention: le recouvrement d'avoirs et l'assistance technique, qui comprend la réforme de la passation des marchés. Un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur l'assistance technique poursuit ses travaux, tandis que le secrétariat de la CNUDCI contribue à la fourniture de l'assistance technique nécessaire pour mettre en œuvre les dispositions de la Convention, tout d'abord dans le cadre d'activités à court et moyen terme, telles que l'assistance législative et

les services consultatifs aux fins de la Convention et de son application, étant entendu qu'un plan stratégique sera élaboré pour des activités à long terme.

45. Le Groupe de travail sur l'assistance technique a tenu une réunion intersessions pendant la période considérée (Vienne, 18 et 19 décembre 2008) et une série de réunions informelles, auxquelles le secrétariat de la CNUDCI était également représenté, et où l'importance de la réforme de la procédure de passation en tant qu'élément des mesures préventives prévues par la Convention a été soulignée.

Troisième partie

ANNEXES

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

Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Compte rendu analytique de la 901^e séance tenue au Siège, à New York, le lundi 21 juin 2010, à 10 h 30

[A/CN.9/SR.901]

Président provisoire: M. Sorieul (Secrétaire de la Commission)

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 11 h 15.

Ouverture de la session

1. **M^{me} O'Brien** (Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques, Conseillère juridique) dit que, pour une bonne partie, le travail des Nations Unies fait rarement la une des journaux; or ce travail discret fait partie intégrante des objectifs de l'Organisation: promouvoir un meilleur niveau de vie, le progrès social et le développement économique. La Charte des Nations Unies offre un cadre de valeurs qui contribue à l'émergence d'une économie mondiale équitable qui n'exclut personne, et l'Organisation établit des normes et des critères pour développer davantage ces valeurs. Ce travail de définition de normes est devenu plus important encore dans une époque de mondialisation. Depuis plus de 40 ans, le travail de la Commission contribue à jeter les bases du bon fonctionnement d'une économie ouverte, aidant ainsi les pays en développement en particulier à partager les avantages du marché mondial.

2. Un des principaux points à l'ordre au jour de la quarante-troisième session est la finalisation et l'adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vue de prendre en compte les évolutions nouvelles dans la pratique de l'arbitrage qui sont intervenues depuis l'adoption du Règlement en 1976. Les révisions ont pour but d'améliorer l'efficacité de l'arbitrage, et il ne fait

pas de doute que le Règlement continuera de contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses.

3. La Commission examinera également un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, consacré aux sûretés en matière de propriété intellectuelle. Dans le droit fil de l'objectif global du Guide, le projet de supplément est destiné à rendre le crédit plus accessible aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle et autres détenteurs de droits intellectuels, ce qui renforcera la valeur de la propriété intellectuelle sans interférer avec les politiques fondamentales de la législation relative à la propriété intellectuelle.

4. Depuis 2006 et, en particulier, dans la foulée de la crise financière mondiale, un intérêt accru s'est fait jour pour la mise au point de mécanismes destinés à mieux traiter les cas d'insolvabilité des grands groupes d'entreprises multinationaux. La Commission aura devant elle un projet de texte – destiné à former la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité – qui, lorsqu'il aura été finalisé et adopté, offrira d'opportunes orientations à cet égard.

5. La Commission procède actuellement à la révision de sa Loi type de 1994 sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services et à l'examen de ses travaux futurs possibles dans les domaines du commerce électronique, des sûretés et de

la loi sur l'insolvabilité. Elle aura aussi à examiner un document sur le microfinancement dans le contexte de l'évolution économique internationale ainsi que les mesures nouvelles à prendre dans ce domaine. En outre, elle analysera les défis associés à la facilitation du règlement en ligne des différends dans les opérations internationales de commerce électronique, un sujet qui continue de gagner en importance au regard de l'expansion rapide du commerce électronique international.

6. Outre l'aide apportée à la Commission dans l'exercice de son mandat législatif, la Division du droit commercial international s'emploie actuellement à promouvoir les textes juridiques de la CNUDCI et à rechercher les moyens de garantir leur interprétation et leur application uniformes, en particulier par des activités d'assistance et de coopération techniques, par le système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (système CLOUT) et par des précis de jurisprudence. La jurisprudence recueillie grâce au réseau CLOUT facilite la fécondation réciproque entre les juridictions en renforçant la certitude et la prévisibilité en droit commercial, tandis que les précis à paraître détermineront quelles sont les tendances dans l'interprétation d'une certaine convention ou loi type déterminées. Les deux sources seront utiles pour les juges, les arbitres et d'autres dans leur travail quotidien. La Division aide également la Commission pour la coordination d'activités avec les organisations internationales concernées, pour la révision de ses méthodes de travail et pour la mise en œuvre de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention de New York).

7. La Commission contribue au travail plus général des Nations Unies visant à renforcer la primauté du droit. En effet, un droit commercial efficace contribue à s'attaquer aux causes fondamentales de nombreux problèmes internationaux comme la migration et l'accès inégal aux ressources communes. La Commission a examiné son rôle dans la promotion de la primauté du droit à ses quarante et unième et quarante-deuxième sessions et incorporé dans ses rapports suivants à l'Assemblée générale des observations sur la question. À la session en cours, la Commission organisera une table ronde consacrée aux lois et aux pratiques des États membres en matière de

mise en œuvre du droit international, question qui a été choisie comme sous-sujet pour le débat sur la primauté du droit à la soixante-cinquième session de l'Assemblée générale et dont les délibérations de l'Assemblée tireront à coup sûr bénéfice.

8. La Commission souhaitera peut-être aborder également la question de la primauté du droit et de la justice transitionnelle dans les situations de conflit et d'après conflit, un sujet qui revêt également un intérêt pour l'Assemblée. Les domaines de l'arbitrage, de la conciliation et des marchés publics, ainsi que les travaux futurs possibles dans le domaine du microfinancement semblent particulièrement pertinents à cet égard.

Élection du Bureau

9. **Le Président provisoire** dit que la délégation du Costa Rica, au nom du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, a désigné M. Ricardo Sandoval (Chili) pour le poste de Président de la quarante-troisième session de la Commission.

10. *M. Sandoval (Chili) est élu Président par acclamation.*

11. **Le Président provisoire** dit que le Président ne sera pas présent avant la troisième semaine de la session. Notant que la Commission se réunit en tant que Comité plénier pour l'examen du point 4 de l'ordre du jour, il invite les membres à élire un Président du Comité.

12. **M^{me} Peer** (Autriche) désigne M. Michael Schneider (Suisse) pour le poste de Président du Comité plénier.

13. *M. Schneider (Suisse) est élu Président du Comité plénier par acclamation.*

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.9/683)

14. *L'ordre du jour est adopté.*

15. *M. Schneider (Suisse) assume la présidence.*

Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

*Section I. Dispositions préliminaires**Projet d'article premier. Champ d'application*

16. **Le Président** appelle l'attention sur les documents A/CN.9/703 et Add.1, qui contiennent le projet de version révisée du Règlement d'arbitrage établi par le Groupe de travail, et A/CN.9/704 et Add.1 à 10, qui contiennent une compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales. Il propose que la Commission examine le projet de version révisée du Règlement article par article, en laissant pour une phase ultérieure l'article 2, paragraphe 2, l'article 6, paragraphe 3, l'article 34, paragraphe 2, et l'article 41, paragraphes 3 et 4, étant donné que le travail relatif à ces dispositions s'est poursuivi après la fin de la dernière réunion du Groupe de travail et qu'elles nécessiteront dès lors un examen plus approfondi.

17. Il invite le Comité à entamer son examen du projet d'article premier. Lorsque le texte intégral du Règlement aura été adopté, les éléments entre crochets de l'article premier seront complétés et les déclarations d'indépendance types recommandées seront examinées.

18. *Le projet d'article premier est adopté.*

Projet d'article 3. Notification d'arbitrage

19. **Le Président** invite le Comité à examiner le projet d'article 3. Il note que le Gouvernement d'El Salvador a proposé que le terme "l'objet" au paragraphe 3 f) devrait être remplacé par le terme "la mesure". Il a également été proposé d'ajouter le membre de phrase suivant aux conclusions du paragraphe 5: "qu'il soit ou non répondu à la notification". Étant donné que ces deux propositions n'ont pas recueilli de soutien au sein du Comité, il croit comprendre que celui-ci souhaite adopter l'article 3 sous sa forme actuelle.

20. *Le projet d'article 3 est adopté.*

Projet d'article 4. Réponse à la notification d'arbitrage

21. **Le Président** invite le Comité à entamer son examen de l'article 4, qui constitue un changement majeur du Règlement.

22. **M. Vaagt** (Bureau des affaires juridiques) dit qu'il sera difficile pour les Nations Unies de tenir le délai de 30 jours prévu au paragraphe 1 b), compte tenu du fait que les arbitrages sont généralement traités par un avocat extérieur dont l'engagement prend un certain temps en raison des règles des Nations Unies en matière de passation des marchés. La question pourrait éventuellement être traitée dans le Règlement d'arbitrage des Nations Unies.

23. **M. Torterola** (Argentine) dit que le délai de 30 jours pour la soumission des documents visés au paragraphe 1 b) pourrait également être coûteux pour les États ou d'autres défendeurs en cas d'arbitrage complexe. Il pourrait dès lors être opportun de prévoir un délai plus long.

24. **Le Président** relève que l'on a fait observer au Groupe de travail que le délai prévu à l'article en question et à d'autres endroits du Règlement est trop long et donne lieu à des plaintes lors de l'arbitrage. Avant de modifier le délai, le Comité doit examiner si cela pourrait affecter l'acceptabilité du Règlement. Ce problème pourrait être traité dans la clause compromissoire. En outre, on a pu noter la remarque selon laquelle les États pourraient éprouver des difficultés pour organiser leur défense, trouver un avocat et préparer une réponse. Il souligne toutefois qu'il existe une différence entre la constitution du tribunal arbitral et la préparation de la défense. En appliquant le Règlement actuel, le défendeur peut disposer de plus de temps pour mettre au point une défense; le délai concerne uniquement la désignation d'un arbitre.

25. **M. Abascal Zamora** (Mexique) dit que son gouvernement est opposé à l'inclusion de l'article parce que cela pourrait créer des difficultés lors de l'arbitrage et que cela ne relève pas du mandat du Comité. Il propose dès lors de le supprimer.

26. **M. Seweha** (Égypte) se demande si un retard aurait des conséquences et, si c'est le cas, s'il ne serait pas préférable de mentionner ces conséquences à l'article 4.

27. **Le Président** répond qu'une des conséquences est énoncée au paragraphe 3, qui stipule qu'"[u]n différend relatif au caractère suffisant de la notification d'arbitrage n'empêche pas la constitution du tribunal arbitral". Dans ce cas de figure, la nomination des arbitres et la constitution du tribunal

se poursuivront conformément à l'article 8. Le demandeur peut alors décider de demander ou non la désignation d'une autre autorité de nomination conformément au Règlement.

28. **M. Torterola** (Argentine) dit qu'il suffirait d'ajouter une note dans le Règlement indiquant que certains États et autres défendeurs pourraient éprouver des difficultés à respecter le délai de 30 jours.

29. **M. Jacquet** (France) dit que le Groupe de travail, conscient des difficultés que pourrait engendrer l'article 4, a prévu à la fois des indications obligatoires, énumérées au paragraphe 1, et des indications facultatives, énoncées au paragraphe 2, à communiquer dans le délai de 30 jours.

30. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que le Comité marque son accord avec la proposition d'El Salvador de remplacer le mot "constitué" par les mots "à constituer" au paragraphe 2 a). Il suggère que le Comité examine plus avant les questions relatives au délai de 30 jours et la détermination des indications dont la communication dans ce délai peut poser un problème.

31. *Il en est ainsi décidé.*

Projet d'article 5. Représentation et assistance

32. **M. Nikolaichik** (Biélorus) appelle l'attention sur la proposition de son gouvernement contenue dans le document A/CN.9/704/Add.2, à savoir qu'il convient d'ajouter un membre de phrase relatif à la certification des pouvoirs à la suite de la deuxième phrase de l'article 5.

33. **Le Président** dit qu'il ne constate pas de soutien à la proposition au sein du Comité.

34. *Le projet d'article 5 est adopté.*

Projet d'article 6. Autorités de désignation et de nomination

35. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) dit que son gouvernement, dans ses commentaires contenus dans le document A/CN.9/704/Add.1, a suggéré de supprimer la mention de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) au paragraphe 1, cet article n'ayant pas été examiné de manière approfondie par le Groupe de travail.

36. **M^{me} Peer** (Autriche) dit que son gouvernement appuie la suggestion de la Chine selon laquelle la CPA doit être uniquement une autorité de désignation et non une autorité de nomination.

37. **Le Président** dit que la mention de la CPA a été ajoutée à titre de clarification, afin d'indiquer qu'elle n'est pas nécessairement limitée à la fonction d'autorité de désignation mais qu'elle peut aussi faire fonction d'autorité de nomination, puisqu'elle agit actuellement en cette capacité. L'Autriche propose à présent que la CPA agisse comme autorité de désignation, mais pas comme autorité de nomination. Il demande si le Comité est d'accord.

38. **M. Petrochilos** (Grèce) dit que la CPA, dans un avis rendu précédemment au Groupe de travail, a indiqué qu'en pratique, on lui assigne le rôle d'autorité à la fois de désignation et de nomination. La mention de la CPA au paragraphe 1 a pour but de codifier la pratique existante. Toute modification de cette disposition pourrait porter atteinte à la validité d'un certain nombre d'accords déjà anciens.

39. **Le Président** dit qu'il croit comprendre qu'en l'absence de tout soutien à la proposition de la Chine et de l'Autriche, le Comité souhaite adopter le projet d'article 6 sous sa forme actuelle.

40. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) dit que le paragraphe 4 du projet d'article 6 devrait mentionner explicitement le refus d'une autorité d'agir dans le contexte d'une récusation.

41. **Le Président** dit qu'il pense que le refus d'agir dans le contexte d'une récusation est réglé par le premier membre de phrase de la première phrase du paragraphe, qui mentionne le refus d'agir de l'autorité de nomination.

42. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) dit que l'on pourrait affirmer que ledit membre de phrase s'applique également à l'absence de décision sur les honoraires et frais. Par souci d'exhaustivité, il convient dès lors de mentionner explicitement l'absence d'action dans le contexte des récusations.

43. **Le Président** dit qu'il n'est pas nécessaire de mentionner explicitement les récusations et suggère que le paragraphe 4 pourrait être examiné dans le contexte du projet d'article 41.

44. **M. Vaagt** (Bureau des affaires juridiques) dit qu'il est difficile d'appliquer la règle stricte du paragraphe 2 du projet d'article 6, selon laquelle les parties doivent se mettre d'accord dans les 30 jours sur le choix d'une autorité de nomination. Il convient de rendre compte de cette difficulté dans le rapport final, voire dans la résolution sur l'application des délais stricts imposés par le nouveau Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

45. **Le Président** dit qu'il ne voit pas d'objection à ce que cette difficulté soit mentionnée dans le rapport final, mais son inclusion dans la résolution ne peut être envisagée que dans le cadre de la discussion relative à la résolution elle-même.

46. **M. Jacquet** (France) dit que, puisqu'il a été décidé d'inclure le délai dans le texte, il serait illogique d'indiquer que le délai est irréaliste ou difficile à tenir. Il importe de ne pas introduire dans le rapport des éléments qui contrediraient le Règlement lui-même. Tout comme le paragraphe 3 du projet d'article 6, le paragraphe 4 de cet article doit être examiné à un stade ultérieur, dans le contexte de l'article 41.

47. **Le Président** dit qu'il a déjà indiqué que le projet d'article 6, paragraphe 4, sera tenu en suspens et réexaminé dans le contexte du projet d'article 41.

48. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que l'absence d'action dans le contexte d'une récusation n'est pas traitée par le projet d'article 6, paragraphe 4, parce qu'elle renvoie à une activité pour laquelle aucun délai n'est prévu, alors que le paragraphe 4 concerne l'absence d'action par rapport au délai de 30 jours ou l'absence d'action dans tout autre délai prévu par le Règlement.

49. **Le Président** dit que la question peut être résolue soit en reformulant le texte afin d'éviter l'énumération des différentes situations dans lesquelles l'autorité de nomination pourrait être appelée à intervenir, soit en ajoutant la mention de l'absence d'action dans le contexte d'une récusation. Il suggère que les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 6 soient examinés à un stade ultérieur.

50. *Le projet d'article 6 est adopté à l'exception des paragraphes 3 et 4.*

Projet d'article 7. Nombre d'arbitres

51. **M. Abascal Zamora** (Mexique) dit que sa délégation a déjà proposé un texte différent pour le projet d'article 7 et qu'elle souhaite consulter les autres délégations en vue de débattre de sa proposition.

52. **Le Président** dit que le texte est disponible en espagnol uniquement et qu'il ne peut être examiné de manière approfondie tant qu'il n'est pas disponible dans toutes les autres langues. Entre-temps, la proposition peut être examinée au fond uniquement. Il demande de préciser si la proposition affecte la position de repli d'un ou trois arbitres pour les tribunaux arbitraux.

53. **M. Abascal Zamora** (Mexique) observe qu'au moment où le Règlement de 1976 a été rédigé, le nombre et la complexité des cas d'arbitrage international justifiaient la nomination de trois arbitres. Les circonstances ont toutefois changé considérablement, avec la vitesse et le nombre croissants de transactions dans l'environnement international actuel des affaires. Il existe à présent de nombreux cas où un seul arbitre est préférable à trois arbitres. Par exemple, dans certains cas, le montant en jeu est à ce point insignifiant qu'il serait absurde de nommer trois arbitres. La proposition mexicaine consiste essentiellement à établir l'arbitre unique comme règle par défaut, assortie de la possibilité de nommer trois arbitres dans des cas précis. L'arbitre unique, une fois nommé, entend les parties, examine les documents et décide ensuite s'il se justifie d'avoir un panel de trois arbitres ou de continuer seul.

54. **Le Président** note que le mécanisme à utiliser en l'absence de choix précis par les parties a été examiné de manière approfondie, et que la solution des trois arbitres qui a été retenue par le Groupe de travail a été critiquée pour les mêmes raisons que celles qui sont invoquées par la délégation mexicaine. Il est dès lors nécessaire que le Comité plénier se penche sur la question, mais cet examen doit être reporté jusqu'à ce que le texte ait été traduit et soumis au Comité.

55. **M. Abascal Zamora** (Mexique) dit que l'expérience a montré que, lorsque les parties ne s'accordent pas sur le nombre d'arbitres, de plus en plus d'autorités de nomination optent actuellement pour la solution de l'arbitre unique.

56. **Le Président** dit que l'idée de faire prendre la décision finale par un arbitre unique qui a une connaissance approfondie de l'affaire est assez attrayante, en particulier si l'autorité de nomination n'est pas bien équipée pour effectuer une analyse approfondie avant de décider du nombre d'arbitres. Il suggère que le projet d'article 7 soit examiné à un stade ultérieur, en attendant l'analyse de la proposition mexicaine.

57. *Il en est ainsi décidé.*

Projet d'article 8. Nomination des arbitres

58. *Le projet d'article 8 est adopté.*

Projet d'article 9

59. **M. Jaeger** (observateur du Comité français de l'arbitrage) renvoie les membres aux remarques écrites du Comité (A/CN.9/704/Add.5) et dit que le projet d'article 9 ne prévoit pas que les arbitres consultent les parties avant de nommer le président du tribunal arbitral. Le projet d'article pourrait être modifié comme suit: "S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent, éventuellement après consultation des parties, le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral."

60. **Le Président** dit qu'il a compris que le postulat qui sous-tend la proposition est que le texte actuel pourrait empêcher la consultation entre les arbitres et les parties.

61. **M. Petrochilos** (Grèce) dit que la proposition n'entend pas indiquer que la consultation est obligatoire, mais bien qu'elle doit être permise.

62. **Le Président** demande si, dans la modification proposée, ce sont les parties ou les arbitres qui décident.

63. **M. Jaeger** (observateur du Comité français de l'arbitrage) dit que l'interprétation de la Grèce est correcte. L'idée n'est pas d'imposer la consultation mais de lever toute incertitude quant à la possibilité, pour les arbitres nommés, de consulter les parties avant de choisir le président du tribunal arbitral.

64. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que le Comité souhaite reporter l'examen du nouveau membre de phrase "éventuellement après consultation des parties", ainsi que la proposition de la Slovénie (A/CN.9/704) que la dernière phrase du projet d'article 9, paragraphe 3, renvoie à l'ensemble de l'article 8 et pas seulement au paragraphe 2 de cet article.

65. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 13 h 5.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 902^e séance tenue au Siège,
à New York, le lundi 21 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.902]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 15 h 15.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1; A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI*

Section I. Dispositions préliminaires

*Projet d'article 4. Réponse à la notification
d'arbitrage (suite)*

1. **M. Torterola** (Argentine) dit que sa délégation souhaite avant tout éviter le risque que le paragraphe 2 e) soit interprété de toute manière qui entraverait la capacité du défendeur d'introduire ultérieurement des demandes reconventionnelles ou des demandes en compensation, et propose dès lors que l'alinéa commence par une expression comme "Dans la mesure du possible, ...".

2. **Le Président** dit que les composantes de la réponse à la notification d'arbitrage énumérées au paragraphe 2 sont en tout cas facultatives. Pour répondre aux craintes du représentant de l'Argentine, il vaudrait mieux rendre le paragraphe 1 b) moins prescriptif. Cela aurait aussi le mérite de répondre à la crainte, exprimée à la 901^e séance, que le délai de 30 jours défini au paragraphe 1 soit trop coûteux pour certaines parties et tout en étant trop long pour d'autres. La formulation proposée par le représentant de l'Argentine correspond à celle qui est utilisée au projet d'article 20, paragraphe 4, qui indique que "[l]e mémoire en demande devrait, dans la mesure du possible, être accompagné de toutes pièces...".

3. **M. Jacquet** (France) dit que sa délégation n'est pas favorable à ce que l'on reproduise la formule du projet d'article 20 au projet d'article 4,

paragraphe 1 b), parce que ces deux articles traitent de situations différentes et ne sont pas comparables. Dans le cas de l'article 20, la situation est celle de fourniture de documents, alors qu'à l'article 4, paragraphe 1 b), la situation concerne un délai de 30 jours pour agir. Si l'expression "dans la mesure du possible" est appliquée au délai, celui-ci risque de perdre tout son sens.

4. **Le Président**, dans le contexte des prescriptions du paragraphe 1 b), dit que les composantes de la réponse à la notification d'arbitrage se subdivisent en deux groupes distincts: celles qui portent sur les demandes concernées en l'espèce, et celles qui ont trait à la constitution du tribunal arbitral. En pratique, les institutions arbitrales appliquent généralement les délais de manière plus stricte à certaines prescriptions liées à la réponse à la notification d'arbitrage qu'à d'autres prescriptions. Il se demande dès lors si la France souhaite que des délais plus stricts s'appliquent aux réponses à chaque composante de la notification d'arbitrage décrite au projet d'article 3, paragraphe 3 c) à g).

5. **M. Jacquet** (France) dit que, selon lui, une certaine latitude pourrait être laissée pour la fixation des délais, en fonction de la nature des informations concernées.

6. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit qu'il prône de laisser inchangée la formulation existante du paragraphe 1 b). Cet article a globalement pour but de clarifier les questions pendantes à un stade précoce du processus d'arbitrage, et le délai de 30 jours semble dès lors suffisant à cet effet. En outre, tout défendeur qui n'est pas en mesure de répondre à la notification d'arbitrage dans ce délai de 30 jours peut l'indiquer dans le mémoire en défense décrit au projet d'article 21.

7. **M. Moollan** (Maurice), rappelant la distinction entre les composantes obligatoires et facultatives de la notification d'arbitrage elle-même, traitée au projet d'article 3, paragraphes 3 et 4, dit que cette même distinction s'applique au projet d'article 4, paragraphes 1 et 2. Il s'ensuit que le fait de rendre le paragraphe 1 b) moins prescriptif aura pour effet de gommer cette distinction. S'il a bien compris, la crainte de la délégation argentine est qu'un défendeur, en ne fournissant pas au demandeur les informations visées au paragraphe 2 e) dans le délai requis de 30 jours, peut perdre toute occasion de le faire à un stade ultérieur du processus d'arbitrage. Il pourrait être tenu compte de cette éventualité en substituant aux termes "Une réponse" au paragraphe 1 b) les termes "Une réponse indicative".

8. **M. Ghikas** (Canada) dit que les craintes du représentant de l'Argentine peuvent probablement être apaisées, dès lors que le projet d'article 30, paragraphe 1 b), indique que l'absence de communication de sa réponse par le défendeur ne sera pas traitée par le tribunal comme une reconnaissance par lui des allégations du demandeur.

9. **Le Président** dit qu'au stade du processus arbitral auquel s'applique le projet d'article 4, aucun tribunal arbitral n'aura encore été constitué. En outre, les composantes de la réponse qui concernent les demandes concernées dans l'affaire sont moins urgentes que celles qui concernent la constitution d'un tribunal arbitral. Un retard entraînerait dans ce cas un retard dans le début du processus arbitral.

10. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant de l'Argentine semble s'attacher aux aspects du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui sont nouveaux par rapport au Règlement d'arbitrage de 1976, notamment l'obligation faite à un défendeur de fournir des informations qui concernent le fond de l'affaire. Il croit comprendre que le délai pour la réception de ces informations peut être un problème, par exemple, dans le cas d'un État qui est obligé d'engager un conseil extérieur en passant par une longue procédure de passation de marchés. En revanche, l'obligation faite à un défendeur de fournir des informations sur la constitution du tribunal arbitral n'est pas neuve et a, en réalité, fait l'objet d'un délai plus généreux qu'avant: 30 jours au lieu des 15 jours stipulés à l'article 5 du Règlement de 1976.

11. **Le Président** dit qu'il déduit de la discussion en cours que le fait qu'un défendeur ne fournit pas de réponse à la notification d'arbitrage en ce qui concerne les demandes concernées par l'affaire n'est pas considéré comme aussi grave qu'il apparaît à première vue à la lecture du projet d'article 4, paragraphe 1 b), seul, cette disposition devant être lue conjointement avec le projet d'article 30, paragraphe 1 b), qui laisse entendre que le défendeur dispose de beaucoup de temps.

12. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) dit que, dans le contexte des règles internationales en matière d'arbitrage prises globalement, les notifications d'arbitrage et les réponses à celles-ci sont habituellement très brèves, contrairement aux mémoires en demande et aux mémoires en défense, qui sont plus complets. Par conséquent, le délai de 30 jours semble judicieux. De plus, il est conforme à la pratique internationale habituelle en matière d'arbitrage. Il faut se souvenir que, dans le cas présent, le délai s'applique aux informations énumérées au projet d'article 3, paragraphe 3 c) à g), qui ne doivent pas être détaillées. Cela semble confirmé par le projet d'article 3, paragraphe 3 e), qui parle d'"[u]ne brève description du litige".

13. **Le Président** dit que, si la solution proposée par le représentant de Maurice est adoptée, elle ne peut s'appliquer qu'à certaines des composantes de la réponse énumérées au paragraphe 1 b), plus précisément à celles qui ont trait aux composantes de la notification dans le projet d'article 3, paragraphe 3 e) et f). Compte tenu des discussions qui viennent d'avoir lieu, la première possibilité consiste à laisser inchangé le projet d'article 4, paragraphe 1 b), et la seconde, à remplacer les mots "Une réponse" au début de l'alinéa par les mots "Une réponse indicative", en précisant aussi que cela s'applique uniquement à l'article 3, paragraphe 3 e) et f).

14. **M^{me} Smyth** (Australie), appuyée par **M. Möller** (observateur de la Finlande), dit qu'il est préférable de laisser inchangé le projet d'article 4, paragraphe 1 b).

15. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit qu'ajouter le mot "indicative" risque de créer la confusion quant au point de savoir quelles informations entrent en ligne de compte et à quel point

elles sont obligatoires. De plus, le projet d'article 4 fait déjà une distinction utile entre les informations obligatoires et les informations facultatives et l'on ne doit pas y ajouter une nouvelle catégorie d'informations dites "indicatives". Dès lors, il prône lui aussi de laisser inchangé le projet d'article 4, paragraphe 1 b).

16. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation préfère également laisser inchangé le projet d'article 4, paragraphe 1 b). Si, toutefois, le Groupe de travail et le Comité jugent nécessaire de communiquer le caractère non obligatoire de certaines des informations requises du défendeur, il n'est pas favorable à l'ajout du mot "indicative", qui risque d'être mal interprété. Il est peut-être possible, au lieu de cela, de renvoyer au projet d'article 30, paragraphe 1 b).

17. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) dit qu'il préfère laisser inchangé le projet d'article 4, paragraphe 1 b), étant donné que le problème soulevé par le représentant de l'Argentine ne se présente que dans un nombre limité de cas et que ceux-ci peuvent être résolus de diverses manières.

18. **Le Président** dit que le Comité semble convenir que les informations fournies par les défendeurs concernant des demandes figurant dans l'affaire ne doivent pas être considérées comme obligatoires à ce stade du processus d'arbitrage. Il croit comprendre que le Comité souhaite adopter sans modification le projet d'article 4 et rendre compte de ses discussions dans le projet de rapport adressé à la Commission.

19. *Le projet d'article 4 est adopté.*

Projet d'article 9

20. **M. Jaeger** (observateur du Comité français de l'arbitrage) fait observer que le texte du paragraphe 1 ne prévoit pas que les deux arbitres désignés par les parties se concertent avec les parties avant de choisir le président du tribunal arbitral. Étant donné qu'il est de pratique courante que les arbitres le fassent, il serait préférable de préciser que le choix doit être fait après concertation avec les parties, si les arbitres en décident ainsi.

21. **M. Petrochilos** (Grèce) dit qu'il appuie la modification, parce qu'elle précise que la concertation n'est pas exclue et que les deux arbitres peuvent y procéder.

22. **M. Möller** (observateur de la Finlande) dit qu'il préfère laisser le texte en l'état, parce qu'il prévoit déjà cette concertation.

23. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faut que la modification proposée précise clairement si les deux arbitres peuvent se concerter avec les deux parties de nomination ou simplement chaque arbitre avec la partie correspondante, ce qui est la pratique habituelle. Étant donné que la plupart des autres règlements ne précisent pas cette question, il doute quant à lui que la modification soit nécessaire.

24. **M. Chung Chang-ho** (République de Corée) dit que l'on pourrait à la rigueur considérer que la pratique établie de concertation entre les arbitres et les parties est en contradiction avec la nécessaire impartialité et indépendance des arbitres que prévoient d'autres dispositions du Règlement. Cette question doit peut-être être clarifiée par un ajout au projet d'article 11 confirmant que cette pratique est acceptable.

25. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) fait observer que, dans de nombreuses directives éthiques, la concertation avec la partie au sujet du choix d'un arbitre n'est pas considérée comme un problème.

26. **M. Schöll** (observateur de la Suisse) relève que le Code d'éthique de l'American Bar Association pour les arbitres dans les litiges commerciaux, en son article III.B.2, énonce clairement que, comme l'ont suggéré les États-Unis, chaque arbitre peut se concerter avec sa partie de nomination. Il est également d'avis de maintenir sous sa forme actuelle l'article 9, paragraphe 1.

27. **M. Torterola** (Argentine) dit qu'il n'est pas nécessaire de légiférer au sujet des exceptions à la règle. Il estime que le texte, sous sa forme actuelle, laisse suffisamment de latitude pour appliquer ce qui est la pratique acceptée.

28. **Le Président** dit que l'on semble s'accorder pour conserver le projet d'article 9, paragraphe 1, sous sa forme actuelle, étant entendu que le rapport indiquera que la pratique courante n'est pas contestée et que, dès lors, la Commission ne voit pas de nécessité de la prévoir de manière explicite. Il appelle l'attention sur la remarque de la Slovénie (dans le document A/CN.9/704, p. 5) selon laquelle les deux paragraphes du projet d'article 8 renvoient au projet

d'article 9, paragraphe 3, et pas uniquement le second paragraphe, comme il est indiqué dans le texte actuel. Il croit dès lors comprendre que le Comité souhaite supprimer les mots "paragraphe 2" à la fin de l'article 9, paragraphe 3, et renvoyer ainsi à l'article 8 dans sa totalité.

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. *Le projet d'article 9, tel que modifié, est adopté.*

Projet d'article 10

31. **M. Jaeger** (observateur du Comité français de l'arbitrage) dit que le paragraphe 3 de l'article 10 a pour but de sauvegarder l'égalité des parties en matière de nomination des arbitres (conformément à l'arrêt de 1992 de la Cour de cassation française dans l'affaire *Dutco c. BKMI et Siemens*) en autorisant l'autorité de nomination, lors de la constitution du tribunal arbitral, à révoquer toute nomination déjà effectuée de manière à nommer le tribunal dans sa totalité. Il suggère d'ajouter le membre de phrase "dans le respect de l'égalité des parties" à la fin du paragraphe 3, afin d'insister sur ce principe.

32. **Le Président** dit que l'obligation de respecter l'égalité des parties s'impose peut-être comme une évidence.

33. **M. Petrochilos** (Grèce), rappelant l'historique législatif du paragraphe 3, dit qu'il a été destiné à tenir compte de tous les systèmes juridiques pour résoudre des situations comme celle qui a donné lieu à l'affaire *Dutco*. Si l'on ajoute la formule proposée, la disposition pourrait s'écarter du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) et du Règlement de la Cour d'arbitrage international de Londres et créer plus de problèmes qu'elle n'en résout.

34. **M. Montecino Giralte** (El Salvador) dit qu'il appuie la modification proposée par le Comité français parce que le texte tel qu'il est pourrait instaurer une inégalité entre les parties.

35. **M. Jacquet** (France) dit que mentionner explicitement l'égalité des parties dans un règlement qui poursuit ce même principe peut sembler redondant, mais que la modification proposée aurait l'avantage d'indiquer à l'autorité de nomination qu'elle doit avoir ce principe à l'esprit à tout moment.

36. **Le Président** suggère qu'il vaudrait peut-être mieux introduire une telle mention de l'égalité des parties en termes généraux dans le projet d'article 6, plutôt que dans le projet d'article 10 dans le contexte d'une intervention spécifique de l'autorité de nomination.

37. **M. Jacquet** (France) dit qu'il juge cette solution astucieuse.

38. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il convient avec la Grèce que la formule supplémentaire proposée créera plus de difficultés qu'elle n'en résout. Il vaut mieux indiquer dans le rapport que la disposition a pour but d'assurer l'égalité entre les parties, et d'en rester là.

39. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit qu'il estime que le texte doit être rendu plus spécifique, peut-être en indiquant simplement que l'autorité de nomination peut "au besoin" révoquer toute nomination déjà faite.

40. **M. Moollan** (Maurice) dit qu'il convient avec les États-Unis que mentionner l'égalité, que ce soit au projet d'article 10 ou au projet d'article 6, reviendrait à ouvrir la boîte de Pandore. L'article 10, paragraphe 3, atténue le problème *Dutco* en déplaçant le pouvoir de nomination des parties vers une institution, et le texte ne doit en aucun cas lier les mains de l'autorité de nomination. En réalité, le problème de l'égalité des parties est résolu en ôtant le pouvoir de nomination aux parties.

41. **M. Ghikas** (Canada) est d'accord.

42. **Le Président** dit qu'un consensus semble se dégager pour dire que l'autorité de nomination doit être autorisée à décider en toute liberté de révoquer ou non une nomination déjà faite et qu'elle doit avoir la même liberté que celle des parties. Il va de soi que l'égalité des parties est le principe de base pour l'autorité de nomination, mais elle ne doit pas être prescrite explicitement. Le fond de la discussion relative au paragraphe 3 peut être simplement consigné dans le rapport.

43. *Le projet d'article 10 est adopté.*

Projet d'article 11. Déclarations des arbitres et récusation d'arbitres

44. **M. Abascal Zamora** (Mexique) dit que toute circonstance qui peut susciter un doute sérieux à propos de l'impartialité ou de l'indépendance d'un arbitre peut être connue par d'autres moyens que par le signalement par l'arbitre. Sa délégation propose dès lors que, dans la partie finale du projet d'article, les mots "signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait" soient remplacés par "signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et aux autres arbitres, s'ils n'en ont pas encore été informés".

45. **M. Moollan** (Maurice) se demande si la remarque qui vient d'être faite n'est pas traitée par le projet d'article 12, paragraphe 2.

46. **Le Président** dit que la proposition du Mexique va plus loin, en ce qu'elle permettrait à un arbitre de prétendre que les parties avaient déjà connaissance des circonstances en question.

47. **M. Abascal Zamora** (Mexique) dit que le projet d'article 11 prévoit une obligation de déclaration, alors que l'article 12 régit les récusations d'un arbitre par une partie.

48. **Le Président** souhaite savoir si la formulation actuelle du projet d'article 11, qui est la même que celle de l'article 9 de la version du Règlement de 1976, pose des problèmes en pratique.

49. **M. Moollan** (Maurice) dit que, comme l'on ne peut compter qu'un arbitre ait connaissance de ce que savent les parties, cela ne peut restreindre son obligation de déclaration. Quant aux récusations d'un arbitre, la prescription énoncée au projet d'article 13, paragraphe 1, selon laquelle ces souhaits de récusations doivent être notifiés dans le délai de 15 jours empêcherait ces récusations dans l'hypothèse où les circonstances sont déjà connues des parties.

50. **Le Président** dit que le caractère restrictif de la formulation actuelle du projet d'article 11 ne paraît pas avoir de conséquences réelles, puisqu'une partie ne peut invoquer ce qui est connu depuis toujours pour procéder à une récusation.

51. **M. Torterola** (Argentine) convient avec la délégation de Maurice que l'obligation de déclaration ne doit pas être affectée par ce qui peut être déjà

connu des parties. En ce qui concerne la question des doutes sérieux, il dit que la formulation actuelle ne précise pas aux yeux de qui ces doutes peuvent être sérieux. Sa délégation propose qu'il soit précisé que les doutes doivent être sérieux aux yeux d'une tierce partie impartiale.

52. **Le Président** dit qu'un consensus semble se dégager en faveur du maintien de la formulation actuelle.

53. *Le projet d'article 11 est adopté.*

La séance est suspendue à 16 h 55; elle est reprise à 17 h 15.

Projet d'article 12

54. *Le projet d'article 12 est adopté.*

Projet d'article 13

55. **M. Jaeger** (observateur du Comité français de l'arbitrage) dit que la formulation actuelle du projet d'article n'impose pas d'indiquer les motifs de la décision prise par l'autorité de nomination concernant la récusation d'un arbitre. Bien que certaines institutions, notamment la Chambre de commerce internationale, n'indiquent pas les motifs de leurs décisions relatives à ces demandes, dans un contexte où les parties n'ont pas nécessairement désigné l'autorité de nomination à l'avance, il se peut que les parties ne souhaitent pas laisser ces décisions à l'entière discrétion de cette autorité. Le Comité français de l'arbitrage propose dès lors que la formulation de la dernière phrase du projet d'article 13, paragraphe 4, soit modifiée en conséquence avec, en outre, l'introduction d'un délai raisonnable, de manière à ce qu'elle se lise comme suit: "En ce cas, dans les trente jours à compter de la date de ladite notification, elle prie l'autorité de nomination de prendre, dans un délai raisonnable, une décision motivée sur la récusation".

56. **M. Moollan** (Maurice) dit que l'opportunité de l'indication des motifs de ces décisions par l'autorité de nomination a fait l'objet de longues discussions. Ce n'est pas ici le lieu qui convient pour trancher la question. La Chambre de commerce internationale a choisi de ne pas indiquer les motifs de ses décisions relatives à ces demandes; quelques années avant cela, la London Court of International Arbitration a décidé

de le faire, mais, en réalité, elle n'a pas encore publié ces motifs en raison des problèmes qui pourraient en résulter.

57. **M. Seweha** (Égypte) dit que les doutes au sujet de l'impartialité d'un arbitre ne doivent pas se fonder sur des ouï-dire. Il ne suffit pas d'indiquer les motifs d'une récusation, il faut aussi fournir des preuves à l'appui de la demande, comme au projet d'article 20, paragraphe 4. Sa délégation propose dès lors d'ajouter à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 2 une formule du type: "[... les motifs de la récusation], et, dans la mesure du possible, fournit les documents et autres preuves sur lesquelles se fonde le demandeur".

58. **M. Montecino Giralt** (El Salvador) suggère que, par souci de clarté, il serait utile d'inclure une obligation de communiquer les motifs d'une récusation au paragraphe 1, et non au paragraphe 2, du projet d'article. Cela résoudrait le problème qui consiste à savoir si la période doit être calculée à partir du moment de la réception de la notification de récusation ou à partir du moment du prononcé de la récusation.

59. **Le Président** rappelle que la Slovénie a souligné l'incohérence entre la méthode de calcul d'un délai prescrite au projet d'article 2, paragraphe 5, où la date de début est celle de la réception de la notification, et la règle des 15 jours énoncée au projet d'article 13 paragraphe 4, où la date de début est celle de la notification. Étant donné que cette différence ne paraît pas créer un problème qui doit être résolu dans le projet d'article 13 et qu'en outre, aucune des modifications proposées n'a rallié de soutien, il croit comprendre que la formulation actuelle de ce projet d'article doit être maintenue.

60. *Le projet d'article 13 est adopté.*

Projet d'article 14. Remplacement d'un arbitre

61. *Le projet d'article 14 est adopté.*

Projet d'article 15. Réouverture des débats en cas de remplacement d'un arbitre

62. *Le projet d'article 15 est adopté.*

Projet d'article 16. Exonération de responsabilité

63. **Le Président** rappelle que, dans ses remarques relatives au projet d'article 16 (A/CN.9/704), la Cour

permanente d'arbitrage (CPA) a indiqué qu'elle jouit de l'immunité judiciaire au titre de divers instruments internationaux. Elle a indiqué en outre que cette immunité conférerait une protection suffisante, et qu'une exonération spécifique à la version révisée du Règlement est inutile en ce qui concerne la CPA. Il croit comprendre que, sauf objections, le Comité souhaite donner suite à la demande de la CPA et supprimer du projet d'article l'expression "le Secrétaire général de la CPA".

64. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) dit que la réserve "sauf en cas de faute intentionnelle" pourrait susciter l'impression que le Règlement d'arbitrage crée une responsabilité pour faute intentionnelle, même s'il n'existe pas une telle responsabilité dans le droit applicable. Étant donné que l'existence d'une responsabilité est régie par le droit applicable, le Règlement ne peut régir l'existence de la responsabilité; il peut uniquement répartir ses conséquences financières entre les parties.

65. Afin d'éviter de créer cette impression, sa délégation propose que le début du projet d'article 16 soit modifié comme suit: "Les parties renoncent, dans la mesure autorisée par la loi applicable, à toute action qu'elles pourraient tenter contre les arbitres en vertu de ladite loi...".

66. **Le Président** fait observer que la formulation proposée par la représentante de la Norvège supprimerait les mots "faute intentionnelle", ce qui répond aux craintes formulées dans les remarques soumises par El Salvador (A/CN.9/704/Add.1) concernant la connotation de ces mots.

67. **M. Abascal Zamora** (Mexique), rappelant que le concept de la faute intentionnelle est difficile à définir dans les systèmes de droit civil, dit que sa délégation partage les craintes exprimées par El Salvador et appuie la modification proposée par la représentante de la Norvège.

68. **M. Petrochilos** (Grèce) dit qu'il soutient la modification proposée. Rappelant que les décisions arbitrales ne peuvent donner lieu à un recours sur le fond, il dit que le Groupe de travail s'est efforcé d'exclure la responsabilité dans la mesure du possible afin d'éviter la possibilité de récusations collatérales et d'attaques dirigées contre des arbitres.

69. **M. Seweha** (Égypte) dit que sa délégation ne comprend pas le raisonnement qui sous-tend la

modification proposée. Il se demande pourquoi il faudrait accorder aux arbitres des droits dont ne jouissent pas les autres professions. Par exemple, les juges ne sont pas exonérés de responsabilité et peuvent être poursuivis pour avoir commis des erreurs et contraints à payer un montant en réparation. Les arbitres n'ont pas besoin d'une protection aussi absolue, qui pourrait donner lieu à des abus. Il vaut mieux traiter les questions de responsabilité dans les lois concernées de chaque pays. En réalité, les lois de certains pays, comme l'Égypte, ne prévoient pas d'exonération de responsabilité par avance et considèrent ces arrangements comme contraires à l'ordre public.

70. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit qu'il appuie la position du représentant de l'Égypte concernant la proposition de la Norvège. Toutefois, si cette proposition entend simplement mettre l'accent sur le fait que le Règlement d'arbitrage ne peut régir l'existence de la responsabilité, il serait préférable de supprimer l'article dans sa totalité. Ce qui est essentiel, c'est le point de savoir si le Règlement doit d'une manière quelconque autoriser les parties à renoncer à toute action contre les arbitres, même dans les cas de faute intentionnelle, si le droit applicable prévoit cette possibilité. Le Groupe de travail a décidé qu'il doit y avoir une norme éthique minimale et qu'il ne faut donc pas permettre aux parties de telles renonciations.

71. **M. Jacquet** (France) dit que le projet d'article ne comporte pas suffisamment de restrictions en ce qui concerne la renonciation aux actions contre les arbitres: il est trop général. Dans la formulation actuelle, la renonciation vise toute mesure, de quelque nature qu'elle soit, prise par les arbitres et les personnes autres que les arbitres, tout en réduisant toutefois fortement la possibilité d'une renonciation en renvoyant au droit applicable. Il serait préférable d'utiliser un langage plus clair et plus catégorique, par exemple, "Il ne peut être intenté contre les arbitres aucun recours juridique fondé sur un aspect quelconque d'une sentence arbitrale."

72. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans sa formulation, l'article doit être centré sur la question de la renonciation. Il croit comprendre que la proposition de la représentante de la Norvège a pour but d'écarter toute implication que l'article crée une responsabilité. Il se demande toutefois s'il est

souhaitable de supprimer l'expression "sauf en cas de faute intentionnelle", à laquelle le Groupe de travail a abouti après de longues discussions. Il demande des éclaircissements sur un point: Dans les pays où les arbitres peuvent être tenus responsables de faute intentionnelle, les parties renonceront-elles à leur droit de tenir les arbitres responsables de faute intentionnelle simplement en adoptant le Règlement d'arbitrage? La formulation proposée par la représentante de la Norvège ne traite pas cette situation.

73. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) dit qu'il n'y a malheureusement pas de réponse simple à la question posée par le représentant des États-Unis d'Amérique, le projet d'article n'étant pas clair quant à ce qui constitue une faute intentionnelle. Dans certaines juridictions, il peut exister des circonstances dans lesquelles la responsabilité recouperait dans une certaine mesure certains aspects de la faute intentionnelle. Le Règlement d'arbitrage établirait la responsabilité pour certains actes comme la faute intentionnelle en considérant qu'il existe une interprétation universelle de ce qui constitue une faute intentionnelle. Or, les systèmes juridiques ont des avis divergents sur les formes de responsabilité qui sont obligatoires et celles à laquelle il peut être renoncé et dans quelles circonstances. Les lois de chaque État dicteront dès lors s'il peut être renoncé à la responsabilité.

74. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que, sur la base de la réponse de la représentante de la Norvège, il semble que les parties puissent, dans certaines circonstances, renoncer au droit d'introduire un recours motivé par une faute intentionnelle. S'il est exact que la mesure dans laquelle les parties peuvent renoncer à la responsabilité varie d'une juridiction à l'autre, il croit comprendre que la représentante de la Norvège implique que, parce que l'intentionnalité est considérée différemment dans les différentes juridictions, cela rendrait incertaine la portée de toute renonciation. Toutefois, après une longue discussion, le Groupe de travail a conclu que l'intentionnalité est un concept juridique qui est reconnu dans la plupart des systèmes juridiques. Sa délégation hésite dès lors à supprimer la mention de la faute intentionnelle, simplement parce qu'il n'existe pas de meilleure solution.

La séance est levée à 18 heures.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 903^e séance tenue au Siège,
à New York, le mardi 22 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.903]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 10 h 20.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de
la CNUDCI*

Section II. Composition du tribunal arbitral (suite)

*Projet d'article 16. Exonération de responsabilité
(suite)*

1. **Le Président**, rappelant les remarques formulées suite aux discussions informelles, dit que certains délégués ont relevé que l'expression "faute intentionnelle" était utilisée dans certaines lois nationales et pas dans d'autres, et qu'elle était exprimée sous différentes formes dans différents ordres juridiques. D'autres, en revanche, ont estimé que la faute intentionnelle était au cœur des actions en réparation pour les fautes intentionnelles et que, partout, les juges comprendraient ce concept quelle que soit l'expression utilisée pour l'exprimer dans leur droit national. En réponse à l'avis selon lequel le projet d'article pourrait créer une action en réparation là où il n'en existait aucune, certains délégués ont indiqué qu'en disant que "les parties renoncent ... à toute action contre les arbitres", le projet disait en réalité qu'il existait une demande de réparation à laquelle il était possible de renoncer.

2. Enfin, certains délégués ont relevé que, dans certains systèmes juridiques, il existait des situations dans lesquelles la loi applicable allait plus loin que la "faute intentionnelle" et où l'on ne pouvait renoncer à une action en réparation. D'autres ont dit que ces situations étaient couvertes par l'expression "dans toute la mesure autorisée par la loi applicable".

3. **M. Snijders** (observateur des Pays-Bas) dit que les différences sont minimales entre les termes utilisés partout dans le monde pour exprimer l'idée de la faute intentionnelle et que ces différences n'ont pas d'incidence sur l'application du concept. Sa délégation appuie dès lors le projet d'article tel qu'il est présenté.

4. **M^{me} Aguirre** (Argentine), s'exprimant à l'appui du projet d'article, dit que celui-ci a été longuement discuté au sein du Groupe de travail et que le texte soumis est le fruit d'un consensus auquel ont abouti les membres.

5. **Le Président** dit que, quand bien même le Groupe de travail aurait trouvé un consensus, le Comité plénier ne doit pas être limité dans son examen des projets d'articles, en particulier s'il estime que certains d'entre eux doivent être réexaminés.

6. **M^{me} Matias** (Israël) dit qu'elle appuie le texte tel qu'il est présenté à condition que l'on s'accorde pour dire que la mention du Secrétaire général de la CPA sera supprimée.

7. **M. Bellenger** (France) dit que le compte rendu devrait montrer que certaines délégations, dont la sienne, ne sont pas entièrement satisfaites du projet d'article, non seulement sur le fond, mais aussi parce qu'il n'est pas conforme à la pratique. En outre, il est illusoire de croire que les juges nationaux seraient liés par cette disposition relative au règlement des litiges soumis à arbitrage. Le projet d'article créerait une situation dans laquelle les personnes croient être protégées par le Règlement d'arbitrage alors qu'elles ne le sont pas.

8. **Le Président** dit que tous les délégués savent que la protection n'est pas absolue, et c'est pour cette raison que le texte énonce la condition de la "faute intentionnelle".

9. *Le projet d'article 16, tel que modifié, est adopté.*

Projet d'article 2. Notification et calcul des délais (suite)

10. **Le Président** appelle l'attention sur le document A/CN.9/704/Add.8, qui contient une version révisée du projet d'article 2.

11. **M^{me} Matias** (Israël) dit que sa délégation appuie la proposition, faite par la délégation des États-Unis d'Amérique dans le document A/CN.9/704/Add.1, de conserver la version du projet d'article 2 figurant au document A/CN.9/WG.II/WP.157.

12. **Le Président** rappelle qu'une des remarques formulées au sujet du projet d'article concerne l'obligation, lors de la remise d'une communication, d'une attestation "[d]es informations qui y figurent", comme l'indique le paragraphe 3. L'on a fait valoir que, dans de nombreuses formes de communications, il n'y a pas d'attestation des informations qui y figurent. Dans le cas des services de messagerie express, par exemple, une signature du destinataire confirmant qu'un colis a été livré suffit. Étant donné que l'expression "informations qui y figurent" a été ajoutée uniquement dans le contexte d'une communication par voie électronique, il a été proposé de supprimer ces mots afin d'avoir une règle qui s'applique à toutes les formes de transmission.

13. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) et **M^{me} Matias** (Israël) appuient la proposition.

14. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée), tout en exprimant son soutien à la proposition, dit qu'il préférerait en revenir à la formulation du paragraphe 1 du document de travail A/CN.9/WG.II/WP.157, qui se lit comme suit: "Une notification, y compris une communication ou une proposition, est remise par tout moyen de communication attestant sa transmission". Ce paragraphe a été choisi à l'origine parce qu'il recouvre tout moyen de communication possible.

15. **Le Président** dit que ce paragraphe a été remanié dans le projet d'article 2, paragraphe 3, mais il croit savoir que le Comité est convenu de supprimer les mots "les informations qui y figurent".

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **Le Président** en vient au reste du paragraphe et à l'attestation de l'envoi et de la réception. Il se demande si les préoccupations exprimées précédemment pourraient être levées en remplaçant cette expression par "l'attestation de la remise".

18. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit qu'il souscrit à la suggestion, mais que le texte du paragraphe 1 proposé dans le document de travail A/CN.9/WG.II/WP.157 (par. 8) devrait devenir le premier paragraphe du projet d'article 2. En effet, contrairement au paragraphe 3, qui mentionne uniquement les notifications visées aux paragraphes 1 b) et 2, ce texte énoncerait le principe général des méthodes de notification.

19. **Le Président** se demande si, au paragraphe 3, remplacer la formule "l'envoi et la réception" par "la transmission" couvrirait la réception ou non d'une notification.

20. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que la transmission couvre uniquement l'envoi, parce que la réception doit être attestée par le destinataire. Toutefois, une preuve de la réception n'est pas nécessaire. La seule mention doit être celle des méthodes de transmission, en ce compris la transmission par voie électronique.

21. **M^{me} Matias** (Israël) dit qu'elle appuie entièrement la proposition visant à inclure une mention du moyen de notification au paragraphe 1.

22. **Le Président** dit que, hormis le renvoi spécifique, au paragraphe 3, aux paragraphes 1 b) et 2 et la formule "les informations qui y figurent", l'unique différence entre le paragraphe 3 actuel et le paragraphe 1 précédent est l'utilisation, dans ce dernier, du terme "transmission" au lieu de l'expression "l'envoi et la réception". Les délégations doivent donc décider s'il faut utiliser la formule "qui atteste [...] l'envoi et la réception" ou uniquement "qui atteste [...] l'envoi", ou encore "qui atteste [...] la transmission". Elles doivent aussi décider si l'expression retenue doit figurer dans un nouveau paragraphe 1 ou doit être maintenue au paragraphe 3.

23. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 3 devrait être entièrement supprimé et remplacé par le paragraphe 1 du document de travail A/CN.9/WG.II/WP.157. Si le Règlement impose une attestation de réception comme proposé au projet

d'article 3, il deviendrait plus compliqué dans la mesure où il existe des circonstances dans lesquelles il sera impossible d'obtenir une attestation de réception. L'unique changement que sa délégation pourrait suggérer au paragraphe 1 proposé consiste à remplacer le terme "remise" par "envoyée", étant donné que ce paragraphe mentionne les modes admissibles de transmission de documents aux autres parties ou au tribunal.

24. **Le Président** dit qu'il ne voit pas en quoi le remplacement du paragraphe 3 actuel par le paragraphe 1 proposé changerait quelque chose, dès lors que ce qui est exigé n'est pas une attestation de réception mais simplement une attestation d'envoi. Si le terme "remise" est remplacé par "envoyée", le problème de la remise physique ne sera pas résolu, parce qu'une attestation d'envoi n'est pas nécessaire lorsque quelque chose est remis en mains propres.

25. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 1, tel qu'il est proposé, devrait être placé en tête du projet d'article 2 parce qu'il fait référence de manière générale à tous les moyens de communication. En ce qui concerne la remise physique, l'expéditeur voudra généralement une attestation de conformité au mode de remise requis, que ce soit au moyen d'un formulaire ou par tout autre moyen qui peut faire office d'attestation de transmission.

26. **Le Président** dit qu'il a considéré que, si quelque chose est remis en mains propres, on ne peut estimer que cela n'a pas été envoyé.

27. **M. Ghikas** (Canada) dit que, dans certaines circonstances, l'on considère qu'il y a "réception présumée" et que, dans ces circonstances, le simple fait de l'envoi constituera une preuve de la réception.

28. **M. Seweha** (Égypte) dit que le projet d'article 2 doit être exhaustif et inclure tous les cas concrets. Il croit comprendre que le paragraphe 1 a) vise les situations dans lesquelles le destinataire est présent au lieu de remise désigné et reçoit la notification. Le paragraphe 1 b), quant à lui, concerne les situations dans lesquelles le destinataire n'est pas présent à cette adresse, de sorte que la notification a été remise à la résidence ou à l'établissement habituels, ou a été envoyée à la dernière adresse connue.

29. On comprend difficilement ce qui est stipulé au paragraphe 1 b), à savoir que la notification est réputée avoir été reçue si elle a été remise à l'adresse habituelle. Est-elle réputée avoir été remise lorsqu'une personne qui vit avec le destinataire l'a reçue ou lorsqu'elle a été laissée devant la porte? Sa délégation propose dès lors d'ajouter un nouveau paragraphe pour inclure les cas où le destinataire est présent et refuse de prendre réception de la notification.

30. **Le Président** dit que le refus de prendre réception est traité au paragraphe 2, qui précise qu'en cas d'échec de la remise, la notification est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement connu ou à la dernière adresse connue du destinataire.

31. **M. Seweha** (Égypte) dit qu'étant donné que la réception réputée ne s'appliquerait que si la notification a été envoyée à la dernière adresse ou établissement connus du destinataire, cela signifie que la remise a échoué parce que l'adresse actuelle du destinataire est inconnue. Si le paragraphe avait voulu viser le refus de réception, il n'eût pas été nécessaire de faire mention du dernier établissement ou de la dernière adresse connus. Par conséquent, ni le paragraphe 1 a) ni le paragraphe 2 ne couvre la situation dans laquelle une personne ou son représentant est présent mais refuse de prendre réception de la notification.

32. **Le Président** suggère que, si le terme "réception" est remplacé par le terme "envoyé", ce problème pourrait ne pas se produire et, si la réception n'est plus requise, le problème qui consiste à décider qui doit prendre réception d'une notification serait dépourvu d'intérêt pratique.

33. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que le terme "remise" au paragraphe 1 précédent devrait être retenu au lieu de "envoyée". En effet, la remise est la principale méthode de communication, alors que l'envoi est un concept de communication qui ne s'applique que lorsque l'on ne peut trouver le destinataire.

34. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que la proposition est que le terme "envoyer" pourrait être utilisé dans le paragraphe 2 actuel lorsque la seule possibilité consiste à envoyer la notification à la dernière adresse connue. Il souhaite savoir ce qui se passerait au titre du Règlement actuel si le terme

“remise” était maintenu et que le destinataire refuse de prendre réception de la notification.

35. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que, si le destinataire refuse de prendre réception, la personne qui remet la notification laisserait celle-ci au domicile et noterait que la notification a été remise à l’adresse.

36. **Le Président** suggère que, par souci de clarté, le projet d’article 2 puisse être revu à un stade ultérieur.

37. **M. Petrochilos** (Grèce), s’exprimant au nom de sa propre délégation et du Président, dépose une nouvelle proposition de version révisée du projet d’article 2, rédigée comme suit:

“1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, peut être remise:

- a) en mains propres au destinataire, ou
- b) au lieu de résidence ou à l’établissement habituels du destinataire ou à toute autre adresse désignée précédemment à cet effet par le destinataire, ou
- c) au dernier établissement connu ou à la dernière adresse connue du destinataire si, après des diligences raisonnables, la remise n’a pu être effectuée conformément à l’alinéa a) ou à l’alinéa b).

2. La remise est effectuée par tout moyen de communication qui atteste l’envoi et la réception.

3. La notification est réputée reçue le jour de sa remise conformément au paragraphe 1.

4. Tout délai prévu dans le présent Règlement court à compter du lendemain du jour où la notification, la communication ou la proposition est reçue. Si le dernier jour du délai est férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l’établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu’au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.”

38. **M. Jacquet** (France) salue la proposition formulée par le représentant de la Grèce et dit que la remise et la réception ne sont pas aussi importantes qu’elles le semblent. Les dispositions en matière de

notifications indiquent les moyens par lesquels une communication peut être valablement faite par une partie à une autre, et elles ont pour but d’éviter la nécessité d’une preuve exhaustive de la remise de la notification à l’autre partie et la preuve que celle-ci a pris connaissance de la notification. Il propose que le terme “remise” au paragraphe 1 c) du texte proposé par la délégation grecque soit remplacé par le terme “notification”. En effet, l’alinéa en question vise les circonstances dans lesquelles il n’a pas été possible d’effectuer la notification conformément aux alinéas a) et b). Il n’est pas logique d’instaurer une obligation de remise à l’alinéa c) si les alinéas a) et b) n’en font nullement mention.

39. En ce qui concerne les remarques formulées par le représentant de l’Égypte, il n’est pas nécessaire de prévoir la possibilité qu’une partie refuse de prendre réception de la notification. Lorsqu’une notification a été envoyée conformément au paragraphe 1, le refus de réception est sans objet, et prévoir un tel refus affecterait négativement les modes de notification énoncés au paragraphe 1.

40. **Le Président** dit qu’un consensus semble se dégager pour dire que les termes “transmission” ou “envoi” devraient être utilisés, plutôt que le terme “réception”. Il demande si la préférence va au terme “transmission” ou au terme “envoi”.

41. **M^{me} Matias** (Israël) dit que sa délégation a donné la préférence au concept d’une attestation de la réception, mais, compte tenu des préoccupations exprimées par d’autres délégations, elle pourrait y renoncer. Sa délégation préfère le terme “transmission” au terme “envoi”. Tout comme le représentant de la République de Corée, elle estime que le terme “remise” ne doit pas être remplacé par le terme “envoyée” dans la version du projet d’article 2, paragraphe 1, alinéa b), contenue dans le document A/CN.9/703, dès lors que la disposition en général traite de délais qui se réfèrent à la date de remise.

42. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit qu’il reconnaît que le concept de l’envoi doit être considéré comme une exception; le principe général qui sous-tend le projet d’article est celui de la remise. Il serait préférable de faire référence à une attestation, soit de l’envoi, soit de la remise; utiliser le terme “transmission” créerait une ambiguïté inutile.

43. En même temps, sa délégation préférerait conserver la mention d'un moyen de communication qui fournit une attestation de réception dès lors que la charge de la preuve incombe à l'expéditeur en cas de litige quant à la réception ou la non-réception de la notification. Cela étant, si un consensus se dégage en faveur de la mention d'une attestation d'envoi uniquement, sa délégation se rallierait à cette solution, en particulier parce qu'en cas de litige, le projet d'article 27 prévoit qu'en tout état de cause, il incombe à chaque partie d'apporter la preuve des faits à l'appui de sa demande ou de sa défense. Il s'ensuit que, si l'expéditeur veut se prémunir contre l'éventualité d'un litige, il peut opter pour un moyen de communication qui fournit une attestation de réception. De plus, aucun litige ne naîtrait de toute manière dans la plupart des cas.

44. **M^{me} Peer** (Autriche) dit que sa délégation comprend les craintes exprimées au sujet de l'obligation d'une attestation de réception, mais elle préfère ne pas supprimer entièrement cette obligation. Les attestations de réception sont particulièrement importantes, s'agissant de notifications d'arbitrage, puisqu'elles seules apporteraient la certitude qu'une partie a connaissance de la procédure d'arbitrage. Cela dit, sa délégation peut accepter un texte qui mentionne uniquement l'attestation de transmission.

45. **M. Petrochilos** (Grèce) dit que le Règlement d'arbitrage de 1976 traite la remise et la réception comme deux facettes d'une même chose; s'il y a remise en mains propres, la notification est réputée reçue. Comme la plupart des lois sur ce sujet, le Règlement aborde la question de la remise du point de vue de l'expéditeur et attribue à l'expéditeur la charge d'effectuer la remise.

46. Le Règlement ne traite pas des situations dans lesquelles l'adresse n'est pas l'adresse correcte, ou dans lesquelles un représentant déterminé du destinataire n'est pas le représentant qui s'impose; il n'est du reste pas nécessaire qu'il traite de ces situations dès lors que, si une partie prétend ne pas avoir été correctement informée de la procédure d'arbitrage, la question peut être tranchée par le tribunal arbitral ou par les instances judiciaires. De même, la question du refus, par une partie, de prendre réception d'une notification n'est pas abordée de manière explicite dans le Règlement; si, toutefois, l'expéditeur effectue la remise par un intermédiaire et

que la personne qui effectue physiquement la remise atteste que celle-ci a été refusée, la remise n'en est pas moins considérée comme effectuée. Les litiges sur le point de savoir si une notification en bonne et due forme a été reçue dans ces circonstances relèvent ici aussi du tribunal arbitral ou des instances judiciaires. Par conséquent, le champ d'application du Règlement est limité à ces égards; il est centré sur les concepts concrets de remise et de transmission par les voies idoines au bon destinataire et à la bonne adresse, ce qui entraîne une présomption de la réception et du moment de celle-ci. La version révisée du projet d'article 2 proposée par sa délégation et par le Président a pour but d'intégrer ces concepts.

47. **M. Chan** (Singapour) dit qu'un des buts de la révision du Règlement d'arbitrage est de l'aligner sur le travail de la Commission dans d'autres domaines, en particulier celui des communications électroniques. Il propose dès lors que le terme "remise" soit remplacé par le terme "expédition", conformément à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

48. **M. Seweha** (Égypte) dit qu'il convient avec le représentant de la Belgique que la charge de la preuve de la réception incombe à l'expéditeur en tant que partie qui a pris l'initiative de la remise. Puisque le Règlement d'arbitrage n'attribue pas cette charge à l'expéditeur, il doit stipuler que, si celui-ci n'obtient pas la preuve de la réception, il risque que le destinataire nie que celle-ci ait eu lieu. Les tribunaux égyptiens ont fonctionné selon la méthode énoncée dans le Règlement de 1976 jusqu'en 2005, date à laquelle ils ont instauré l'obligation, pour les expéditeurs, d'obtenir la preuve de la réception, ce qui pourrait entraîner des difficultés pour faire appliquer les décisions des tribunaux arbitraux en Égypte.

49. **M. Ghikas** (Canada) relève que le projet d'article 3 précise que les parties doivent "notifier" l'arbitrage (en anglais: "give [...] a notice of arbitration"), alors que le projet d'article 4 contient le terme "communiquer". Cette terminologie doit être revue à la lumière de l'éventuelle décision sur la formulation du projet d'article 2.

50. **Le Président** note qu'en outre, le paragraphe 2 du projet d'article 3 contient le terme "reçu", qu'il pourrait être nécessaire de revoir lorsque le projet

d'article 2 aura été finalisé, pour les cas où aucune remise en mains propres n'a lieu.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 15.

51. **Le Président** dit que l'examen du projet d'article 2 sera repris ultérieurement après de nouvelles consultations.

Section IV. La sentence

Projet d'article 34. Forme et effet de la sentence

52. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que, compte tenu du long débat qui a eu lieu au sein du Groupe de travail et des difficultés qu'a éprouvées le Groupe pour aboutir à un accord sur une exception à la dérogation prévue au paragraphe 2 du projet d'article 34, la solution la plus facile ne consiste pas à tenter de rédiger cette exception, mais à s'appuyer sur ce qui est entendu dans de nombreux autres règlements: la dérogation concerne uniquement le droit, au titre de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention de New York), de s'opposer à l'exécution ou d'engager une action en annulation d'une sentence. Sa délégation prône dès lors la suppression de l'ensemble des mots entre crochets dans le texte actuel, à l'exception du mot "ou" devant les mots "de recours". Le mot "contre" devrait également être remplacé par "de".

53. **M. Moollan** (Maurice) marque son accord avec la proposition des États-Unis. L'article sera alors conforme à de nombreuses autres règles institutionnelles et traiterait également d'un certain nombre de problèmes qui ont surgi dans le cadre du Règlement d'arbitrage de 1976.

54. **M. Ghikas** (Canada) dit que sa délégation prône le maintien des deux premières phrases du paragraphe uniquement et la suppression du reste du paragraphe, de sorte que l'article reste presque identique à la version de 1976. Les sentences arbitrales doivent être définitives et les possibilités de les interpréter doivent être limitées, comme dans le cadre de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La renonciation à des droits légitimes qui, sans cela, existerait au lieu de l'arbitrage doit se faire avec circonspection et ne pas devenir une chose qui va de soi au titre du Règlement. Lors de la rédaction de

projets d'accords d'arbitrage, les parties commerciales ont généralement réfléchi longuement au lieu à retenir pour l'arbitrage, et un des facteurs qui ont joué dans leur décision concernait les droits de recours ou de révision dans les juridictions en question. Telle qu'elle est formulée actuellement, il est possible que la disposition ne soit pas interprétée de la même manière dans les différentes juridictions. En outre, comme le montrent deux décisions judiciaires au Canada, on ne peut présumer que des droits comme celui d'engager une action en annulation d'une sentence arbitrale au titre de la loi type seront préservés. Cela étant, si un consensus se dégage en faveur du maintien de la troisième phrase du paragraphe, il convient de conserver sous une forme quelconque la deuxième partie de la phrase, à partir de l'expression "à l'exception des".

55. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine), exprimant son soutien aux remarques formulées par le représentant du Canada, dit que, que l'on conserve ou non le membre de phrase entre les derniers crochets, il convient d'ajouter au début de la dernière phrase du paragraphe une formule du type "sauf disposition contraire des lois du pays où l'arbitrage a lieu".

56. **M. Möller** (observateur de la Finlande) dit qu'il soutient la proposition faite par le représentant des États-Unis pour les motifs que celui-ci a exposés. La version de 1976 de cet article n'a pas occasionné de difficultés à ce jour. Il n'est pas nécessaire d'ajouter une formule du type "dans la mesure où cette renonciation peut être faite valablement". En effet, si la loi applicable n'autorise pas la renonciation, l'article lui-même ne serait de toute manière pas applicable.

57. **M. Torterola** (Argentine) dit que, comme l'a indiqué le représentant du Canada, les sentences arbitrales sont définitives et s'imposent aux parties. Il convient de ne pas porter atteinte aux droits énoncés dans la Convention de New York. Tel qu'il est formulé actuellement, le paragraphe ne serait acceptable que si le texte entre crochets est maintenu dans son intégralité. À défaut, la troisième phrase doit être supprimée entièrement, comme le propose le représentant du Canada.

58. **M^{me} Smyth** (Australie), exprimant son soutien à la proposition des États-Unis, dit que les craintes exprimées par la délégation du Canada et d'autres sont

rencontrées dans une certaine mesure par la formule “[à] condition qu’elles puissent le faire valablement en adoptant le présent Règlement”, ce qui préserve les droits fondamentaux de recours prévus par la Convention de New York. La troisième phrase du paragraphe est un ajout utile dans la mesure où elle réduit au minimum la possibilité d’autres types de contestations de la sentence quant au fond, ce qui est conforme au principe fondamental selon lequel les sentences sont définitives et obligatoires et doivent être exécutées sans délai. Cela étant, le texte entre crochets dans la deuxième moitié de la phrase, en faisant la distinction entre les demandes d’annulation d’une sentence et les procédures relatives à la reconnaissance et à l’exécution de celle-ci, met en évidence les difficultés qui ont été rencontrées pour trouver une formulation appropriée. C’est la raison pour laquelle sa délégation appuie la proposition des États-Unis visant à supprimer le texte entre crochets; si toutefois ce texte est maintenu, il devrait l’être dans sa totalité. Sa délégation ne voit aucune contradiction entre le fait de permettre aux parties de former un recours contre la reconnaissance et l’exécution de la sentence et le principe fondamental selon lequel les sentences doivent être exécutées sans délai.

59. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) dit que l’Organisation des Nations Unies mène ses arbitrages en dehors des lois procédurales du lieu de l’arbitrage, conformément à la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Le texte entre crochets à la fin de la première phrase du paragraphe 2 pourrait dès lors, dans certains cas, être interprété comme une renonciation aux privilèges et immunités des Nations Unies. Si ce texte est finalement adopté, il serait nécessaire d’insérer une note précisant qu’il n’implique pas une telle renonciation.

60. **Le Président** dit que, dès lors que l’Organisation des Nations Unies n’est pas soumise à la loi relative à l’arbitrage au lieu de celui-ci, elle n’a pas de droit de recours au titre de cette loi. Il n’est dès lors pas nécessaire de prévoir une renonciation à ce droit.

61. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) dit que les parties adverses pourraient avoir des droits différents.

62. **M. Viswanathan** (Inde) souscrit à l’avis du représentant du Canada selon lequel, si les mots entre

crochets sont conservés, il faut conserver le texte dans sa totalité. En droit indien, lorsqu’une sentence a été rendue par les arbitres, la renonciation au droit des parties d’introduire un recours en justice contre la sentence est exclue. Tout accord de renonciation au recours devant un tribunal qui serait conclu entre les parties est nul et non avenu selon la loi indienne des contrats.

63. **M. Montecino Giralt** (El Salvador) exprime son soutien à la position adoptée par le représentant de l’Argentine. Comme exposé dans le document A/CN.9/704/Add.1, la proposition de son gouvernement consiste à inclure les mots “[d]ans la limite prévue par le droit applicable à l’arbitrage”, afin de garantir que la disposition du projet de paragraphe 2 s’applique à la fois aux pays où une renonciation au droit de recours est permise et à ceux où elle ne l’est pas.

64. **M. Rovine** (observateur de l’Association of the Bar of the City of New York) dit que la disposition à l’examen le met mal à l’aise. Il est trompeur de déclarer que “[l]es parties exécutent sans délai toutes les sentences”, puisque toute action en annulation de la sentence ou toute opposition à son exécution pourrait entraîner un retard important. Il convient de formuler une remarque à cet effet dans le rapport.

65. En outre, le rapport doit indiquer clairement que les parties ont le droit de s’opposer à l’exécution en vertu de l’article 5 de la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères et qu’elles ont le droit d’introduire une action en annulation d’une sentence, en vertu de l’article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international. La mention d’une renonciation au droit de recours est donc de nature à induire en erreur, puisque les parties ont un droit de recours en vertu du droit applicable; le rapport devrait indiquer que le droit en question se limite aux motifs contenus dans la Loi type. Dans le texte du Règlement, il serait préférable de conserver tout au plus les deux premières phrases du projet d’article 2.

66. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit que son gouvernement est favorable au maintien des mots entre crochets. Puisque le Comité est en train de formuler une clause de renonciation, il doit préciser ce à quoi il est renoncé. C’est le but des mots entre

crochets, qui fixent également les limites de la renonciation.

67. **M. Moollan** (Maurice) dit qu'en l'absence de consensus, il est préférable de laisser en l'état la formulation de l'article 34. Les mots entre crochets sont basés sur l'idée fautive que la Loi type est applicable partout. Même là où la Loi type a été adoptée, des dérogations sont souvent prévues par rapport à son texte. Au Royaume-Uni, par exemple, la disposition à l'examen serait contraire à l'article 69 de la loi anglaise sur l'arbitrage, en vertu duquel l'action en annulation elle-même est la voie de recours.

68. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique), avec le soutien du représentant de Maurice, dit que si les deux premières phrases du projet de paragraphe 2 devaient être conservées, il conviendrait de maintenir la formulation du projet plutôt que celle du Règlement d'arbitrage de 1976, des modifications importantes ayant été apportées à l'une de ces phrases.

69. **Le Président** dit que les partisans du maintien des deux premières phrases du projet de paragraphe 2 sont nombreux et qu'il n'y a pas d'objection aux changements de formulation de la troisième phrase proposés par les États-Unis. Il est apparu que les avis diffèrent en ce qui concerne le membre de phrase entre parenthèses à la fin du paragraphe. Ce qui le préoccupe, c'est que, contrairement à l'article 16, le Comité ne peut considérer sans plus qu'un juge comprendrait le sens de la disposition, étant donné qu'elle concerne des voies de recours pour lesquels les termes divers utilisés dans différents pays pourraient créer la confusion. Il invite le Comité à se demander s'il se justifie d'une manière ou d'une autre de préciser quels types de recours sont réservés, vu la difficulté que cela pose. Comme autre possibilité, le mieux serait peut-être, comme le propose la Chine, d'indiquer que seules sont exclues les voies de recours que le droit applicable permet d'exclure.

70. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) propose la formulation suivante, qu'elle juge suffisamment claire quant à l'objet de la renonciation: "les parties renoncent à leur droit à toute forme de recours ... auquel il peut être renoncé en vertu de la législation applicable et dont la renonciation ne requiert pas un accord spécifique".

La séance est levée à 13 h 5.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 904^e séance tenue au Siège,
à New York, le mardi 22 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.904]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 15 h 20.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**

(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de
la CNUDCI*

Section IV. La sentence (suite)

*Projet d'article 41. Honoraires et dépenses des
arbitres*

1. **Le Président** invite le Comité à poursuivre l'examen du projet d'article 41.
2. **M. Bellenger** (France) dit que, bien que sa délégation n'ait pas d'objection quant à la teneur du projet d'article 41, ce dernier est trop long et répétitif et il est écrit dans un style ampoulé. Par exemple, la première phrase du paragraphe 2 du projet d'article 41 pourrait être raccourcie en éliminant les mots ci-après: "a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la CPA et si cette autorité". La façon dont l'autorité de nomination est désignée est indiquée clairement dans un autre passage du Règlement d'arbitrage.
3. Il conviendrait de supprimer le paragraphe 4 du projet d'article 13, lequel n'est en fait qu'une répétition du paragraphe 4 du projet d'article 41. Ou alors le Comité pourrait choisir de conserver le paragraphe 4 du projet d'article 41 et de raccourcir le paragraphe 4 du projet d'article 13.
4. **Le Président** rappelle que dans ses commentaires sur le Règlement d'arbitrage révisé (A/CN.9/704/Add.5), le Comité français de l'arbitrage a également proposé de simplifier le paragraphe 4 du projet d'article 41.
5. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 41, il indique que le représentant de la France a proposé de modifier le début du paragraphe comme suit: "Si l'autorité de nomination applique ou a déclaré

qu'elle appliquera...". Il croit comprendre que le Comité souhaite approuver cette modification.

6. *Il en est ainsi décidé.*

7. **Le Président** dit comprendre que la délégation de la France souhaite proposer une modification au paragraphe 4 du projet d'article 41.

8. **M. Bellenger** (France) dit que, plutôt que de modifier le paragraphe 4 du projet d'article 41, sa délégation préférerait supprimer la dernière phrase du paragraphe 4 du projet d'article 6, qui prévoit que les parties peuvent demander au Secrétaire général de la CPA de prendre une décision à propos des honoraires et des dépenses des arbitres conformément au paragraphe 4 du projet d'article 41. Cela serait préférable, car le projet d'article 6 énonce des généralités quant aux autorités de désignation et de nomination, alors que le projet d'article 41 porte expressément sur les honoraires et dépenses des arbitres.

9. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit que sa délégation appuie la proposition faite par le représentant de la France. Toutes les questions concernant les honoraires et dépenses des arbitres devraient être réglées dans le projet d'article 41. En conséquence, il propose de supprimer les mots entre crochets au paragraphe 4 de l'article 41, et de formuler la deuxième phrase du paragraphe comme suit: "Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou si l'autorité de nomination refuse de prendre ou ne prend pas de décision, au Secrétaire général de la CPA".

10. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que sa délégation hésite à supprimer le paragraphe 4 du projet d'article 6, car il offre aux parties deux possibilités dans le cas où l'autorité de nomination n'agit pas. La première phrase du paragraphe prévoit la désignation d'une autre autorité de nomination, pour tenir compte des situations qui peuvent se présenter en

relation avec les projets d'articles 8 à 14 et le paragraphe 3 du projet d'article 41, alors que la deuxième phrase du paragraphe porte exclusivement sur des situations susceptibles de se présenter en relation avec le paragraphe 4 du projet d'article 41.

11. La suppression de la seconde phrase du paragraphe 4 du projet d'article 6 créerait la confusion s'agissant de savoir quelle option peut être appliquée dans les situations où l'autorité de nomination refuse d'agir ou n'agit pas conformément au Règlement d'arbitrage. Il serait donc préférable de conserver le paragraphe 4 du projet d'article 6 sous sa forme actuelle.

12. **Le Président** dit que le Groupe de travail a décidé de réunir toutes les dispositions concernant l'autorité de nomination dans le projet d'article 6. En examinant le projet d'article 41, il a en outre décidé qu'une disposition supplémentaire portant sur cette question pourrait être introduite dans la deuxième phrase du paragraphe 4 du projet d'article 41. Étant donné que les conditions visées par la disposition supplémentaire ne peuvent se présenter qu'en vertu du paragraphe 4 du projet d'article 41, l'observateur de la Belgique a proposé que ces conditions soient réglementées dans le projet d'article 41.

13. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit qu'en supprimant la seconde phrase du paragraphe 4 du projet d'article 6, on risque de donner l'impression que les parties peuvent demander à la CPA de désigner une autre autorité de nomination. Si le Comité choisit de supprimer la seconde phrase, il pourra souhaiter inclure une disposition portant sur les situations susceptibles de se présenter en vertu du paragraphe 4 du projet d'article 41.

14. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il appuie la position du représentant de la République de Corée. En fait, la suppression de la seconde phrase du paragraphe 4 de l'article 6 prêterait à confusion car elle créerait une règle générale selon laquelle les parties peuvent demander la désignation d'une autre autorité de nomination au cas où l'autorité initiale refuse d'agir dans les délais prévus par le Règlement d'arbitrage. Il serait préférable de ne pas toucher au paragraphe 4 du projet d'article 6 et d'introduire des renvois dans les deux paragraphes pour guider le lecteur.

15. **M. Petrochilos** (Grèce) dit que le paragraphe 4 du projet d'article 41 est l'endroit qui convient le mieux pour la disposition dans son intégralité, comme l'a indiqué l'observateur de la Belgique. La proposition des États-Unis reviendrait en fait à scinder la disposition entre le paragraphe 4 du projet

d'article 6 et le paragraphe 4 du projet d'article 41. Or le traitement d'une même exception dans deux articles différents ne constitue pas une bonne technique législative et créerait la confusion dans l'esprit de tout lecteur qui n'aurait pas participé à la rédaction du Règlement d'arbitrage. La meilleure approche serait d'introduire dans le paragraphe 4 du projet d'article 6 une formule informant le lecteur que le paragraphe 4 du projet d'article 41 contient une exception.

16. **Le Président** déclare qu'il croit comprendre que le Comité doit choisir soit d'introduire l'exception dans le paragraphe 4 du projet d'article 41 et d'indiquer clairement qu'il s'agit là d'une exception au paragraphe 4 du projet d'article 6, soit de procéder de la manière inverse.

17. **M. Petrochilos** (Grèce) souligne que le paragraphe 4 du projet d'article 6 a pour objet de traiter d'une situation dans laquelle l'autorité de nomination n'agit pas ou refuse d'agir, alors que le paragraphe 4 du projet d'article 41 vise une situation dans laquelle ladite autorité n'a pas été désignée ou choisie d'un commun accord, ou n'agit pas ou refuse d'agir. Étant donné que le paragraphe 4 du projet d'article 6 ne vise pas toutes les situations dans lesquelles les parties pourraient souhaiter s'adresser au Secrétaire général de la CPA, il est plus logique de regrouper toutes les exceptions dans le paragraphe 4 du projet d'article 41.

18. **M. Bellenger** (France) croit comprendre que les différends concernant les honoraires et les dépenses qui surviennent à un stade aussi avancé du processus d'arbitrage peuvent être réglés de deux manières uniquement: la désignation d'une autre autorité de nomination ou le renvoi direct du litige au Secrétaire général de la CPA. C'est pourquoi sa délégation a proposé que la question soit réglée dans son ensemble dans le projet d'article 41. Toutefois, si le Comité est d'accord avec les observations du représentant de la République de Corée, la proposition de sa délégation perd sa validité.

19. **Le Président** dit que, dans les cas où une autorité de nomination n'a pas été désignée ou a refusé d'agir, la principale question est la suivante: le Comité souhaite-t-il préserver le droit des parties de demander la désignation d'une autre autorité de nomination ou les parties doivent-elles avoir pour seule option de s'en remettre au Secrétaire général de la CPA.

20. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) dit que même si la seconde phrase du paragraphe 4 du projet d'article 6 est supprimée, il serait malavisé de supprimer totalement de l'article 6 toutes les références au projet d'article 41. En effet, il est plus

logique de prendre toutes les mesures liées à la désignation d'une autorité de nomination au début du processus d'arbitrage, raison pour laquelle celles-ci sont traitées au début du Règlement d'arbitrage. Les représentants de la République de Corée et de la Grèce ont souligné à juste titre les difficultés en termes de lisibilité et de compréhension qui se présenteraient si le paragraphe 4 de l'article 6 et le paragraphe 4 de l'article 41 ne sont pas clairement reliés. Un moyen de les relier serait d'ajouter à la première phrase du paragraphe 4 de l'article 6 la formule: "Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 14," ou une autre formule ayant le même effet.

21. **Le Président** dit qu'il semble y avoir un consensus au sujet de la proposition du représentant de la Belgique, tendant à supprimer à la fois la deuxième phrase du projet d'article 6 et la référence à l'article 6 contenue entre crochets au paragraphe 4 du projet d'article 41. Il sera nécessaire d'apporter les modifications rédactionnelles appropriées.

22. **M. Friedman** (observateur de l'Association internationale du barreau) dit que, dans l'idéal, il devrait être simple de suivre le Règlement d'arbitrage, mais que tel n'est pas le cas s'agissant du paragraphe 4 du projet d'article 41 sous sa forme actuelle. Il suggère de supprimer la référence, dans la première phrase, au paragraphe 2 a) et b) de l'article 40. En outre, la troisième phrase du paragraphe devrait être modifiée pour commencer comme suit: "Si, et dans la mesure où, l'autorité de nomination estime que la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral n'est pas conforme à la proposition, ou est manifestement excessive d'une autre manière, ladite autorité ou le Secrétaire général de la CPA y apporte, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande d'examen, les modifications nécessaires...". Il pourrait être précisé, afin de tenir compte de la discussion qui vient de prendre fin que, dans le cas où aucune autorité de nomination n'a été désignée ou ladite autorité refuse d'agir, la décision doit être prise par le Secrétaire Général de la CPA.

23. **M^{me} Smyth** (Australie) dit appuyer les modifications suggérées.

24. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que, bien qu'il soit d'accord avec le fondement des propositions présentées par l'observateur de l'Association internationale du barreau, le paragraphe 4 du projet d'article 41 est le résultat de débats prolongés. Le Comité devrait prendre le temps nécessaire pour examiner soigneusement les modifications proposées, qui devraient être présentées par écrit plutôt que par oral.

25. Depuis la dernière réunion du Groupe de travail II, en février 2010, sa délégation a continué de réfléchir à l'utilité du paragraphe 4 du projet d'article 41, non pas parce qu'elle s'oppose à la réglementation des niveaux d'honoraires et de dépenses, mais parce que le mécanisme proposé tente d'appliquer une solution dont les effets et les risques sont incertains à un problème d'une ampleur inconnue. À ce jour, il n'existe que des preuves anecdotiques de l'existence d'honoraires excessifs ou déraisonnables. Il se demande s'il arriverait fréquemment qu'une autorité de nomination repère et rectifie des niveaux d'honoraires inappropriés, si elle ne chercherait pas à modifier les honoraires pour d'autres raisons et s'il n'y a pas un risque que les parties perdantes dans un arbitrage contestent le montant d'honoraires réclamé de manière à retarder l'exécution de la sentence arbitrale pendant un délai pouvant aller jusqu'à 60 jours, comme indiqué au paragraphe 3 du projet d'article 41.

26. En outre, l'autorité de nomination à laquelle il est demandé de réexaminer les honoraires et les dépenses facturera probablement un tel service, pour lequel elle exigera également des preuves, notamment les factures des arbitres. Il convient de se souvenir que, étant donné que l'examen aurait lieu au début du processus d'arbitrage, il est également probable que l'autorité de nomination demande à la partie requérant l'examen de verser un dépôt représentant une partie du coût dudit examen. Cela dit, un dépôt de ce genre pourrait en fait contribuer à décourager les requêtes futiles.

27. **M. Snijders** (observateur des Pays-Bas) dit, à titre d'observation connexe, que le paragraphe 3 du projet d'article 41 ne semble pas envisager la possibilité de l'absence d'une autorité de nomination ou du refus d'agir de celle-ci. Peut-être conviendrait-il d'ajouter un libellé prévoyant qu'il peut être demandé au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination.

28. **Le Président** se souvient qu'il a été délibérément décidé de ne pas mentionner, au paragraphe 3 du projet d'article 41, la possibilité de demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination. Le projet d'article 6 établit le principe général selon lequel, s'il y a un problème concernant l'autorité de nomination, les parties doivent s'adresser à la CPA. Toutefois, il a été décidé de ne pas prévoir l'ouverture d'un processus aussi long à l'étape tardive de la procédure d'arbitrage visée au paragraphe 2 du projet d'article 41. Ce paragraphe prévoit donc que le pouvoir de désignation doit être directement attribué au Secrétaire général de la CPA. Par contre, le paragraphe 3 de ce même article décrit une phase au

début du processus d'arbitrage, juste après la constitution du tribunal arbitral, pendant laquelle le principe général peut encore s'appliquer.

29. **M. Daly** (observateur de la Cour permanente d'arbitrage) craint que les modifications du paragraphe 2 de l'article 41 proposées par les représentants de la Grèce et de la France ne risquent de créer une certaine confusion en laissant entendre qu'il doit toujours y avoir une autorité de nomination. Or les arbitrages se déroulent souvent en l'absence d'une telle autorité. L'intervention d'une autorité de nomination s'agissant de définir un barème ou une méthode pour déterminer les honoraires des arbitres, évoquée au paragraphe 2, ne se produit que dans le cas où une telle autorité a été choisie d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la CPA.

30. **Le Président** dit qu'il convient d'examiner la formulation du paragraphe 2 du point de vue de la clarté pour les utilisateurs et les praticiens de l'arbitrage. Dans le cas présent, il s'agit de savoir si ces personnes peuvent aisément déduire du paragraphe que, dans le cas où aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ou désignée, le tribunal arbitral ne disposera simplement pas, comme point de référence, de barème ou de méthode pour déterminer les honoraires.

31. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que l'on pourrait éviter la confusion en modifiant le début du paragraphe 2 comme suit: "S'il existe une autorité de nomination et si cette dernière applique ou déclare qu'elle appliquera un barème...".

32. **M. Möller** (observateur de la Finlande) dit partager les préoccupations du représentant des États-Unis en ce qui concerne le mécanisme de réglementation des honoraires et dépenses des arbitres.

33. **M. Petrochilos** (Grèce) dit approuver en principe l'opinion du représentant des États-Unis en ce qui concerne le versement d'un dépôt pour couvrir le coût de l'examen. Étant donné que le projet d'article 4 actuel ne prévoit aucune disposition de ce type, il souhaiterait voir en quoi consiste exactement la formule proposée. À propos de la question générale visée au paragraphe 4, si l'étendue du problème n'est pas clairement établie, on ne peut pas rester les bras croisés face aux cas, extrêmement graves, de décisions abusives dont on sait qu'elles ont été prises par des tribunaux d'arbitrage – même si elles ont été qualifiées d'"anecdotiques" – et qui ne peuvent que conduire les parties à perdre toute confiance dans le processus d'arbitrage. Il existe deux moyens d'obtenir justice dans de tels cas: s'adresser aux tribunaux – et l'on connaît trop bien la difficulté qu'il y a à trouver la

juridiction appropriée et le fondement juridique pour procéder de la sorte; ou résoudre la question de la manière prévue au paragraphe 4, qui est favorable à l'arbitrage.

34. En ce qui concerne le risque d'abus, le paragraphe 6 a été inclus pour indiquer clairement que la contestation n'a aucun effet sur les décisions prises par le tribunal, à l'exception de celles qui concernent les coûts en question. Le moyen de dissuasion représenté par le coût mentionné par les États-Unis contribuerait également à prévenir les abus. Il convient de considérer le paragraphe 4 comme faisant partie d'un mécanisme amorcé aux paragraphes 2 et 3, qui permet aux parties de savoir à l'avance ce que le tribunal propose en ce qui concerne les honoraires et les dépenses. Le paragraphe 4 sert de dernier moyen de vérification et d'équilibre. Après quatre ans de débats, le Groupe de travail est convenu que, à moins que la Commission ne soit prête soit à donner aux arbitres toute liberté d'action, soit à les soumettre à des procédures judiciaires problématiques, le paragraphe 4 représente la meilleure solution de compromis.

35. **Le Président** demande aux États-Unis de rédiger un libellé de la proposition concernant un dépôt, pour examen ultérieur.

36. Il attire l'attention sur la proposition écrite faite par les Pays-Bas (dans le document A/CN.9/704/Add.2, p. 5), visant à supprimer, à la fin du paragraphe 4, l'expression "conformément à l'article 38" pour la remplacer par une nouvelle phrase libellée comme suit: "Le paragraphe 3 de l'article 38 s'applique". En effet, toutes les dispositions de l'article 38 ne s'appliquent pas et celles qui le font ne s'appliquent que par analogie.

37. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) rappelle que le Groupe de travail, après des débats prolongés, demeure incertain quant aux effets de l'application de l'article 38 sur une action que le tribunal d'arbitrage s'appête à prendre. Peut-être pourrait-on modifier le paragraphe 4 comme suit: "La procédure visée au paragraphe 3 de l'article 38 s'applique."

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. *Le projet d'article 41, tel que modifié, est adopté sous réserve de la reformulation convenue.*

La séance est suspendue à 16 h 40; elle est reprise à 17 h 10.

*Section I. Dispositions préliminaires (suite)**Projet d'article 6. Autorités de désignation et de nomination (suite)*

40. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'il a été prié de rédiger un libellé pour un point soulevé par l'observateur de l'Association of the Bar of the City of New York, dont il n'est pas fait mention au paragraphe 4 du projet d'article 6, à savoir lorsqu'une autorité de nomination ne réagit pas à une récusation. Dans la première phrase du paragraphe 4, il propose de supprimer le mot "ou" avant les mots "n'agit pas", et d'insérer, après les mots "par le présent Règlement", la clause ci-après: "ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu une demande d'une partie en ce sens,".

41. Ni le Règlement d'arbitrage, ni les projets d'articles ne prévoient de délai pour qu'une autorité de nomination traite une contestation et l'orateur n'a pas proposé d'en indiquer un au paragraphe 4 – même si un tel délai est prévu plus haut dans le paragraphe dans le cas de la nomination d'un arbitre – car il est difficile de prévoir la durée du processus. L'indication d'un délai "raisonnable" a semblé être la meilleure solution. Bien qu'il ait eu initialement l'intention de formuler une clause générale englobant les trois possibilités visées au paragraphe 4, la rédaction d'une telle clause s'est avérée trop difficile et il a opté pour une énumération. Le paragraphe couvre un acte pour lequel il n'existe pas d'autre délai dans le Règlement d'arbitrage, mais qui fait désormais l'objet d'un délai – la nomination d'un arbitre, et d'autres actes de la part de l'autorité de nomination qui font l'objet de délais ailleurs dans le Règlement, et la question de la récusation qui, pour de bonnes raisons, ne fait l'objet d'aucun délai.

42. **M. Moollan** (Maurice) dit qu'il existe un autre moyen possible d'aborder la question. Les divers délais précisés au paragraphe 4 de l'article 6 pourraient l'être plutôt dans les articles auxquels ils s'appliquent: par exemple, dans le cas de la nomination des arbitres, les articles 8 et 10, et dans le cas de la récusation, le paragraphe 4 de l'article 13. Cette approche présenterait l'avantage d'appeler l'attention de l'autorité de nomination sur le délai dans la règle concernée. Le paragraphe 4 de l'article 6 pourrait alors être simplifié comme suit: "Si l'autorité de nomination refuse d'agir ou n'agit pas dans un délai prévu par le présent Règlement, etc. ...".

43. **Le Président** demande à la délégation mauricienne de rédiger un libellé pour les articles touchés par cette proposition, en vue d'un examen

ultérieur. Dans le projet d'article 6, l'autre point à régler concerne le libellé de l'exception dont il a été décidé qu'elle remplacerait la seconde phrase du paragraphe 4.

*Section III. Procédure arbitrale (suite)**Projet d'article 17. Dispositions générales (suite)*

44. **M. Moure** (observateur de l'Association internationale du barreau) dit que, dans la première phrase du paragraphe 1 du projet d'article 17, la décision de remplacer l'expression "toute possibilité" par l'expression "une possibilité" confère peut-être une trop grande latitude au tribunal arbitral en autorisant une partie à faire valoir ses droits. Il suggère plutôt l'expression "une possibilité raisonnable".

45. **M. Möller** (observateur de la Finlande) dit qu'une autre possibilité est de faire référence à une possibilité "adéquate".

46. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que si le fait de qualifier le mot "possibilité" dans le projet d'article 17 signifie qu'il doit être qualifié chaque fois qu'il est utilisé dans le Règlement, il préfère laisser le texte en l'état.

47. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) estime que, dans le texte en français, il serait préférable de dire "la possibilité" plutôt que "une possibilité".

48. **M. Moollan** (Maurice) cite la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, qui donne aux parties "une possibilité raisonnable". Il dit que l'ajout du mot "raisonnable" au paragraphe 1 du projet d'article 17 ne doit pas nécessairement être répété à chaque occurrence du mot "possibilité".

49. **Le Président** dit que le remplacement de "une possibilité" par "la possibilité" ne semble pas résoudre la question.

50. **M^{me} Matias** (Israël) est d'accord avec l'argument présenté par la délégation de la République de Corée. Chaque possibilité prévue dans le projet de règlement doit être raisonnable.

51. **M. Snijders** (observateur des Pays-Bas) dit que l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale offre à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter son argument. Il ne serait donc pas étrange de spécifier que la possibilité doit être raisonnable dans le présent cas, étant donné qu'il s'agit là d'un principe fondamental d'égalité des parties.

52. **M. Bellenger** (France) dit que dans le texte en français la nuance ajoutée à "une possibilité" par le

mot “raisonnable” équivaut à une réduction de la possibilité en question. Il rappelle que le Règlement de 1976 donnait aux parties “toute possibilité” de présenter leur argument; cette possibilité doit être garantie.

53. **Le Président** souligne qu’aucune des autres possibilités prévues dans le projet de texte n’a pour objectif de présenter l’argument d’une partie. En conséquence, il serait justifié d’ajouter le mot “raisonnable” dans le projet d’article 17 sans avoir à le répéter dans le reste du texte.

54. **M. Schöll** (observateur de la Suisse) dit que la principale considération devrait être d’assurer que les parties possèdent la même possibilité d’exercer leur droit d’être entendues.

55. **M. Anaya** (El Salvador) appuie l’adjonction du terme “raisonnable” au paragraphe 1 du fait qu’il s’agit d’une disposition générale.

56. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) est d’accord avec la délégation de la France s’agissant de protéger pleinement la possibilité pour une partie de présenter ses arguments.

57. **M. Moollan** (Maurice) suggère que soit rétablie l’expression “toute possibilité” utilisée dans le texte de 1976 ou bien d’ajouter le mot “adéquate” après le mot “possibilité”.

58. **Le Président** dit qu’en éliminant le mot “toute” le Groupe de travail avait pour intention d’éviter un nombre excessif de contestations. Répondant à l’argument de la délégation de la France, il reconnaît qu’une possibilité raisonnable est une possibilité qui n’est pas illimitée.

59. **M^{me} Matias** (Israël) dit que, si l’intention est véritablement de limiter la possibilité offerte, il semble justifié d’ajouter le mot “raisonnable”.

60. **M. Castello** (États-Unis d’Amérique) dit que, en remplaçant le terme “toute” par le terme “raisonnable”, le Groupe de travail aurait réduit de manière excessive la possibilité de contestation. Il est en fait préférable de ne pas nuancer la possibilité de façon à assurer une possibilité adéquate mais non illimitée de contestation.

61. **Le Président** note que, dans le Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale, alors que le texte en anglais donne à chaque partie “une possibilité raisonnable de présenter son argument”, la version française prévoit que chaque partie doit avoir “la possibilité d’être suffisamment entendue”.

62. **M. Rovine** (observateur de l’Association of the Bar of the City of New York) dit que le Comité devrait être guidé par la pratique d’autres organismes. Le fait que d’autres organismes aient trouvé que la formule “une possibilité raisonnable” était la plus facile à appliquer représente un argument persuasif en faveur de cette formule.

63. **M. Bellenger** (France) propose le mot “adéquate” plutôt que “raisonnable” dans la version en français. Le projet de texte indique un principe et non pas une règle de procédure et a pour objet de donner pleine latitude au tribunal arbitral de choisir une procédure dans les limites imposées par l’égalité des parties et le respect de leurs droits.

64. **Le Président** dit qu’il semble y avoir un consensus en faveur de l’insertion du terme “raisonnable” après le terme “possibilité” au paragraphe 1 du projet d’article 17.

65. En ce qui concerne le paragraphe 5 du projet d’article, il dit que, si une demande est présentée de joindre une troisième partie dans l’arbitrage, ladite partie doit être protégée par un droit de refus dans les cas de préjudice aux intérêts de toute partie.

66. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) dit que tout préjudice à l’une quelconque des parties dans un accord d’arbitrage ne devrait pas être une raison de ne pas autoriser l’adjonction d’une troisième personne, étant donné que le tribunal arbitral n’a aucun droit de l’interdire. En tant que partie à l’accord d’arbitrage, une troisième partie pourrait être un demandeur, tout comme cette partie ne pourrait pas se voir refuser le droit d’agir comme défendeur. D’autre part, conformément au projet d’article 10, une troisième partie devrait être habilitée à désigner ou redésigner un arbitre de la même façon que d’autres parties à l’accord d’arbitrage.

La séance est levée à 18 h 10.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 905^e séance tenue au Siège,
à New York, le mercredi 23 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.905]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 10 h 20.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)*

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 17. Dispositions générales (suite)

1. **Le Président** invite le Comité à reprendre son examen du projet d'article 17.
2. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) propose d'inclure un commentaire dans le rapport afin d'établir clairement que le préjudice causé à l'une des parties n'est pas le seul critère à prendre en compte par un tribunal lorsqu'il décide d'autoriser un tiers à se joindre comme partie: il doit également évaluer l'impact de la jonction sur la force exécutoire de la sentence arbitrale.
3. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) convient de la nécessité de prendre en compte l'impact potentiel sur la force exécutoire. Si la proposition de la représentante de la Norvège décrit cet impact comme un critère supplémentaire, son gouvernement est cependant d'avis qu'il est déjà sous-entendu dans le terme "préjudice". Le commentaire qui a été ajouté ne devrait pas remettre en cause l'idée que le préjudice occasionné à une partie inclut l'atteinte à la force exécutoire de la sentence.
4. **Le Président** croit comprendre que le Comité convient de l'inclusion d'un commentaire dans le rapport, tel que proposé par la représentante de la Norvège.
5. **M. Anaya** (El Salvador) attire l'attention du Comité sur la proposition formulée par son gouvernement, contenue dans le document A/CN.9/704/Add.1, qui vise à amender le paragraphe 2 afin de

spécifier qu'aucune prorogation du délai de prononcé de la sentence ne sera autorisée.

6. **Le Président** note que le Règlement contient une clause établissant qu'en cas de disposition contraire à la loi applicable à l'arbitrage, cette dernière prévaut. Le Règlement lui-même ne prévoit pas de délai; un tel délai ne peut intervenir que sur accord des parties. Si la loi applicable interdit un tel délai, cette interdiction prévaut en vertu de l'article premier du Règlement. Il relève qu'aucun membre du Comité, hormis le représentant du Mexique, n'a soutenu la proposition du Gouvernement d'El Salvador.

7. **M. Holguín González** (Mexique) attire l'attention sur la proposition de son gouvernement, contenue dans le document A/CN.9/704/Add.6, selon laquelle la règle fixée au paragraphe 4 devrait régir toutes les communications de l'arbitrage et devrait être déplacée pour former un nouveau paragraphe de l'article 2.

8. **Le Président**, constatant l'absence de soutien à la proposition susmentionnée, croit comprendre que le Comité souhaite adopter le projet d'article 17 tel que modifié à ce jour.

9. *Il en est ainsi décidé.*

Projet d'article 18. Lieu de l'arbitrage

10. **M. Anaya** (El Salvador) attire l'attention du Comité sur la proposition de son gouvernement, formulée dans le document A/CN.9/704/Add.1, visant à remplacer le mot "lieu" par "siège".

11. **Le Président** déclare que le Groupe de travail s'est longuement penché sur cette question. Certains spécialistes de l'arbitrage préféreraient le terme "siège", mais le Groupe de travail a en définitive décidé de ne pas apporter de modification et de conserver le terme "lieu". Il constate que dans la salle la modification proposée n'est pas appuyée.

12. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) souligne que l'expression "est réputée", employée à l'article 18, peut laisser entrevoir que les Nations Unies se sont volontairement soumises à la législation locale. L'Organisation n'est pas soumise aux lois locales, y compris dans les procédures d'arbitrage. Le rapport devrait établir que la référence au "lieu de l'arbitrage" dans le texte révisé ne doit pas être interprétée comme une renonciation aux privilèges et immunités de l'Organisation.

13. *Le projet d'article 18 est adopté.*

Projet d'article 19. Langue

14. **M^{me} Perales Viscasillas** (Espagne) indique que le pluriel "langues" a été modifié et remplacé par le singulier "langue" dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et se demande si le singulier ne devrait pas être employé également dans le Règlement.

15. **Le Président** explique que le pluriel a été retiré de la clause type pour ne pas inciter les parties à employer plusieurs langues, ce qui pourrait causer des difficultés dans la procédure. Dans certains cas cependant, il pourrait être utile d'utiliser plusieurs langues dans une procédure d'arbitrage. Dans la disposition examinée, c'est au tribunal qu'il appartient de prendre cette décision. Conserver "langues" sous la forme plurielle donnerait au tribunal cette option, alors que la suppression du pluriel risque d'avoir pour effet négatif de priver le tribunal arbitral de la possibilité d'utiliser plus d'une langue.

16. *Le projet d'article 19 est adopté.*

Projet d'article 20. Mémoire en demande

17. **M. Seweha** (Égypte) déclare que l'objet de la disposition établie au paragraphe 4 est de garantir la disponibilité de tous les documents afin que les décisions puissent être prises dès l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Pour cela, une disposition devrait être ajoutée, énonçant que si tous les documents ne peuvent être fournis, le mémoire en demande doit être accompagné d'une justification ou d'explications. Il conviendrait également de préciser les modalités d'obtention de ces documents ou les raisons de leur non-disponibilité.

18. **Le Président** indique que les demandeurs n'ont pas besoin du Règlement pour savoir qu'il leur appartient de fournir toutes les pièces justificatives à l'appui de leur demande. En l'absence d'objection, il croit comprendre que le Comité rejette la proposition.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. **M. Anaya** (El Salvador) affirme que le mot "recurso" utilisé dans le texte espagnol pour "l'objet" à l'article 20, paragraphe 2 d), devrait être remplacé par "prestación" [mesure], qui serait plus précis.

21. **Le Président** déclare qu'il s'agit d'un problème linguistique à résoudre par les délégations hispanophones.

22. **M^{me} Perales Viscasillas** (Espagne) indique que les termes "materia" ou "objeto" devraient être employés en remplacement, car ils figuraient dans le texte original du Règlement.

23. **Le Président** estime qu'il appartient aux délégués hispanophones de trouver la bonne solution compte tenu du fait qu'en anglais, les termes "relief" ou "remedy" ne posent pas problème.

24. *Le projet d'article 20 est adopté.*

Projet d'article 21. Mémoire en défense

25. **M. Abdel Raouf** (observateur du Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration) déclare que le terme "visée" devrait être inséré entre "arbitrage" et "à" dans la quatrième ligne du projet d'article 21, paragraphe 1, afin de mieux faire comprendre la référence croisée.

26. **Le Président**, en l'absence d'objection, croit comprendre que l'adjonction proposée est acceptée.

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. **M. Moollan** (Maurice) déclare qu'en l'absence du représentant de la Slovaquie, il souhaite évoquer une suggestion de la délégation slovaque contenue dans le document A/CN.9/704, page 5, qui se lit comme suit: "Il est proposé de s'interroger sur le fait de savoir si le projet d'article 21-4 devrait également comprendre une référence au projet d'article 20-3 pour tenir compte du cas où la demande reconventionnelle ou la demande en compensation se fonderait sur un contrat ou un instrument juridique différent de celui soumis par le demandeur dans le mémoire en demande."

29. **Le Président** déclare que si aucune objection n'est formulée, il comprend que les mots "paragraphe 2 et 4" à la première ligne du projet d'article 21, paragraphe 4, sont à remplacer par "paragraphe 2 à 4".

30. *Il en est ainsi décidé.*

31. **M. Petrochilos** (Grèce) précise que puisque le paragraphe 4 établit les exigences posées au défendeur

faisant valoir une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, il devrait renvoyer au projet d'article 4, paragraphe 2 f), qui traite d'un chef de demande indépendant formulé par le défendeur contre une partie à la convention d'arbitrage autre que le demandeur. Il suggère d'ajouter une virgule et les termes "à un chef de demande formulé conformément à l'article 4, paragraphe 2 f)" après le mot "reconventionnelle" dans le projet d'article 21, paragraphe 4.

32. **Le Président** rappelle qu'un délégué a souligné une situation similaire où le demandeur n'avait pas obligation de répondre à une demande reconventionnelle. Il souhaite qu'il soit pris acte de ce commentaire, le Comité étant susceptible d'y revenir en cas de problème. En l'absence d'objection, il estime que la modification suggérée est approuvée.

33. *Il en est ainsi décidé.*

34. *Le projet d'article 21, tel que modifié, est adopté.*

Projet d'article 22. Modification des chefs de demande ou des moyens de défense

35. *Le projet d'article 22 est adopté.*

Projet d'article 23. Déclinatoire de compétence arbitrale

36. **M. Friedman** (observateur de l'Association internationale du barreau) déclare que les termes "may rule" ("peut statuer") de la première ligne du projet d'article 23, paragraphe 1, devraient être remplacés par "shall have the power to rule" ("peut statuer"). Dans certains cas, le tribunal arbitral a le devoir de statuer sur sa propre compétence et comme le terme "may" est de nature permissive, il peut être interprété comme autorisant le tribunal à ne pas statuer sur sa propre compétence même s'il en a l'autorité et si la loi applicable à l'arbitrage lui donne mandat de le faire.

37. **Le Président** affirme que la délégation d'El Salvador a émis une suggestion similaire dans ses commentaires écrits (A/CN.9/704/Add.1), en vue de remplacer l'expression "may" par "has the power to" dans la description des fonctions du tribunal arbitral. L'expression "shall have the power to" a été insérée pour refléter les changements apportés à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

38. **M. Moollan** (Maurice) indique que même si le changement fait suite à la modification de la Loi type, les États ont la prérogative d'utiliser la formulation de

leur choix. D'un autre côté, le Règlement confère un pouvoir et devrait employer les termes de la Loi type.

39. **Le Président** déclare qu'il est habituel de se référer à la Loi type à titre indicatif, mais que le Règlement n'est pas tenu d'utiliser une formulation identique.

40. **M. Jacquet** (France) affirme ne pas comprendre le problème, puisque tant le Règlement que l'article 16, paragraphe 1, de la Loi type – du moins dans la version française – utilisent le mot "peut". En tout état de cause, si le tribunal est appelé à statuer sur sa propre compétence, il devra le faire même si cette compétence n'est pas remise en cause, ce qui serait inacceptable. Sa délégation retiendrait simplement la formulation de l'ancien Règlement, qui semble cohérente avec la pratique.

41. **Le Président** estime qu'il s'agit une nouvelle fois d'un problème linguistique, car le texte français précise "le tribunal peut", alors que la version anglaise proposée énonce que "the tribunal shall have the power".

42. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) ne constate aucun problème de traduction, les deux expressions "shall have the power" et "may" pouvant parfaitement être traduites en français par "peut". Néanmoins, comme il l'a compris, la proposition ne consistait pas à revenir à "shall have the power", mais à utiliser "shall rule", ce qui reviendrait à modifier la substance du projet de règlement.

43. **M. Friedman** (observateur de l'Association internationale du barreau) précise qu'il ne proposait pas d'employer "shall rule", mais "shall have the power to rule".

44. **M^{me} Smyth** (Australie) indique qu'en vertu du projet d'article 23, paragraphe 2, une exception prise de l'incompétence dans le contexte d'une demande reconventionnelle doit être soulevée au plus tard dans la réplique à la demande reconventionnelle. Encore que le Règlement ne stipule aucune obligation pour les demandeurs de répondre à une demande reconventionnelle. L'article 5, paragraphe 6, du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), impose par exemple aux demandeurs de produire une réplique à toute demande reconventionnelle. Elle souhaite discuter plus en détail de cette question avec d'autres délégations afin de déterminer si le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devrait inclure une obligation expresse de répliquer à une demande reconventionnelle.

45. **Le Président** précise que les membres sont libres de souligner tout point nécessitant une modification, même dans des projets d'articles déjà adoptés.

46. **M. Petrochilos** (Grèce) déclare que la seule référence à une réplique à une demande reconventionnelle se trouve à l'article 21, paragraphe 3, de l'ancien Règlement, où elle est considérée comme un acte exposant les faits et le fond du droit, contrairement au paragraphe du Règlement de la CCI. Néanmoins, la question est couverte dans le projet d'article 24, qui permet au tribunal de décider des pièces complémentaires requises des parties, en plus des mémoires en demande et en défense.

47. **Le Président** indique que le Comité devrait estimer que la question de la réplique à une demande reconventionnelle est couverte par le projet d'article 24 et que si, à un stade ultérieur, un complément s'avère nécessaire, une proposition pourrait être faite en ce sens.

48. *Le projet d'article 23, tel que modifié, est adopté.*

Projet d'article 24. Autres pièces écrites

49. *Le projet d'article 24 est adopté.*

Projet d'article 25. Délais

50. **M. Seweha** (Égypte) déclare que le projet d'article 25 établit le principe général selon lequel la communication des pièces écrites doit intervenir dans un délai de 45 jours, puis ajoute une exception en stipulant que ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est justifiée. Sa délégation estime que si le principe général prévoit un délai de 45 jours, l'exception doit impérativement s'accompagner d'une date butoir. Il propose d'ajouter l'expression "pour une autre période de" ou "pour une période n'excédant pas un certain nombre de jours", ou d'indiquer simplement que le mémoire original et l'exception sont à soumettre dans les 45 jours.

51. **Le Président** précise qu'aucun délai n'a été prévu pour l'exception dans la mesure où les affaires d'arbitrage sont toutes différentes et une date butoir n'est pas toujours appropriée dans le cas d'une exception.

52. **M. Seweha** (Égypte) indique que le délai de 45 jours n'est pas nécessairement impératif mais que

le mémoire original étant requis sous 45 jours, l'exception ne peut être illimitée.

53. **Le Président** précise n'avoir constaté aucun soutien à l'instauration d'un délai pour l'exception et croit comprendre que le projet d'article reste inchangé.

54. *Il en est ainsi décidé.*

55. *Le projet d'article 25 est adopté.*

Projet d'article 26. Mesures provisoires

56. **M. Torterola** (Argentine) propose la suppression du projet d'article 26, paragraphe 2 c); si sa proposition était retenue, une phrase devrait être ajoutée, énonçant explicitement que cette disposition ne s'applique pas aux biens de l'État, ou que son application tient compte des règles d'immunités des États, ou encore qu'elle ne déroge pas à ces règles.

57. **M. Petrochilos** (Grèce) suggère de reformuler la dernière partie du chapeau du paragraphe 2 de la manière suivante: "le tribunal arbitral ordonne à une partie de prendre, sans que cela soit limitatif, l'une des mesures suivantes".

58. La formulation actuelle du paragraphe 9 est très difficilement compréhensible, notamment pour les lecteurs qui ne sont pas au fait des discussions qui en ont été à l'origine. L'intention sous-jacente est de prévenir toute violation de la législation nationale, cette dernière pouvant contenir des dispositions spécifiques donnant compétence aux tribunaux nationaux en matière d'ordonnance préliminaire, de mesures *ex parte*, etc. Ce paragraphe peut être supprimé, d'autant que le projet d'article premier, paragraphe 2, garantit la primauté de la loi applicable à l'arbitrage.

59. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) propose d'ajouter une note au rapport de la Commission, précisant la possibilité pour le tribunal de déterminer que les types de mesures envisagées sont contraires aux privilèges et immunités des Nations Unies en vertu de l'article II, section 3, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

60. **Le Président**, notant que la représentante du Bureau des affaires juridiques a soulevé un point similaire à celui évoqué par le représentant de l'Argentine, suggère que les deux se consultent aux fins de trouver une solution appropriée.

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à 12 h 10.

61. **M. Moollan** (Maurice) déclare que plusieurs gouvernements et organisations – futurs utilisateurs du Règlement – ont jugé incompréhensible le projet d'article 26, paragraphe 9. Le texte a été élaboré durant un débat très animé au sein du Groupe de travail, au cours duquel des délégations ne sont pas parvenues à s'accorder sur le fait que le paragraphe 1 du projet d'article 17 (l'article 15 du Règlement de 1976) instaure ou non le pouvoir d'ordonner des mesures préliminaires *ex parte*. Ceux qui étaient d'avis que ce pouvoir existait déjà en vertu de cette règle voulaient s'assurer de son maintien, alors que ceux qui estimaient que ce pouvoir n'existait pas s'opposaient à son instauration. Le texte tente d'expliquer pourquoi le Règlement n'aborde pas les ordonnances préliminaires et a été prévu pour insertion dans les notes explicatives plutôt que dans le Règlement proprement dit. M. Moollan propose de le remettre en place dans les notes explicatives.

62. **M^{me} Smyth** (Australie) appuie cette proposition.

63. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) déclare que sa délégation soutient également la proposition, mais que des changements restent nécessaires pour que le texte ait véritablement un sens. À titre d'exemple, si une mesure provisoire est simplement "requis", la partie contre laquelle cette mesure est dirigée n'en aura pas connaissance; il lui serait alors difficile de ne pas compromettre une mesure demandée.

64. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M^{me} Perales Viscasillas** (Espagne) et **M. Chung Chang-ho** (République de Corée), indique que sa délégation avait souvenir que le paragraphe 9 était censé être inclus dans le Règlement et non dans les notes. Le paragraphe a longuement été débattu et représente un point important qu'il convient de ne pas écarter: en l'occurrence rien dans le Règlement n'autorise l'adoption d'ordonnances préliminaires, mais dans un même temps rien n'empêche un tribunal de promulguer une ordonnance préliminaire s'il y est par ailleurs habilité.

65. En dépit d'une formulation un peu gauche, il s'agit d'une tentative prudente de conciliation de positions fortement divergentes; ceux qui la critiquent devraient proposer une meilleure formulation. De plus, les critiques émises à l'encontre de la forme d'une disposition donnée ne doivent pas servir à détourner l'attention du fond de la disposition. Enfin, il convient

de garder à l'esprit que le projet d'article 26, paragraphe 9, est étroitement lié au projet d'article 17, paragraphe 4; la suppression du premier aurait donc pour effet de réduire à néant une position prudemment échafaudée.

66. **M. Ghikas** (Canada) déclare que sa délégation avait également compris qu'il était prévu d'insérer le paragraphe 9 dans le Règlement proprement dit, et non dans les notes. Cependant, il convient de la proposition de le supprimer, car il n'apporte et ne retire rien au Règlement.

67. **M^{me} Aguirre** (Argentine), faisant part de son soutien aux remarques formulées par le représentant des États-Unis, déclare que ce paragraphe devrait rester en l'état.

68. **M. Möller** (observateur de la Finlande), conscient du fait que la formulation pourrait être améliorée, s'oppose à la suppression du paragraphe proprement dit; par ailleurs, il devrait être placé dans le Règlement plutôt que dans les notes. L'inclusion de dispositions sur les ordonnances préliminaires dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international a elle aussi suscité de nombreuses controverses, mais n'a pas empêché la conclusion d'un compromis. Celui à propos du paragraphe 9 ayant déjà fait l'objet d'un intense débat, il espère que la discussion ne sera pas une nouvelle fois rouverte.

69. **Le Président** souligne que le débat n'est pas "ouvert"; la Commission ou son Comité plénier sont libres de ne pas être d'accord avec les conclusions du Groupe de travail. Le problème avec le paragraphe 9 est précisément qu'il ne contient pas le compromis conclu dans la Loi type, en l'occurrence les ordonnances préliminaires. Cette solution n'a pas été acceptée par le Groupe de travail en ce qui concerne le paragraphe 9; ce dernier est en fait une règle dénuée de sens. Comme l'a souligné le représentant de Maurice, le souci vient du fait que certaines délégations sont d'avis qu'un arbitre siégeant en vertu du Règlement a le pouvoir d'ordonner des mesures préliminaires, alors que d'autres soutiennent que le Règlement ne confère pas ce pouvoir à l'arbitre. Le paragraphe 9, en énonçant que le Règlement n'octroie pas ce pouvoir à l'arbitre, exclut la solution de compromis de la Loi type.

70. **M. Möller** (observateur de la Finlande) convient que le paragraphe 9 représente un compromis différent de celui de la Loi type, mais il n'en reste pas moins un compromis. Si le Règlement n'a pas instauré le pouvoir d'ordonner des mesures préliminaires, il ne

limite pas non plus ce pouvoir. Il convient de souligner qu'accepter le Règlement n'empêche pas une partie de requérir une ordonnance préliminaire, si la loi applicable à l'arbitrage le permet. La disposition devrait donc être maintenue.

71. **M. Jacquet** (France) affirme, concernant l'utilité de ce texte, que les tribunaux arbitraux ont toujours dans la pratique rencontré des difficultés avec les demandes de mesures provisoires ordinaires; les requêtes d'ordonnances préliminaires les placent dans une situation encore plus délicate. Il est d'accord avec la proposition de placer le paragraphe 9 dans les notes.

72. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) indique que pour comprendre le paragraphe 9, les futurs utilisateurs du Règlement peuvent se référer aux documents relatifs aux discussions au sein du Groupe de travail, mentionnés dans la note de bas de page du projet d'article 26. Il demande au Secrétariat de tirer les grandes lignes des discussions contenues dans ces documents afin d'éclairer davantage l'objectif visé à ce paragraphe.

73. **Le Président** déclare avoir compris que les notes de bas de page ne seront pas publiées avec le Règlement officiel et qu'elles ne servent qu'aux discussions du Comité.

74. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) indique que les cinq pages complètes de notes à propos du projet d'article 26, paragraphe 9, combinées aux commentaires des délégations, ont couvert l'intégralité de la question et qu'il est inutile de rouvrir la discussion.

75. **M. Moollan** (Maurice) affirme ne pas avoir pour intention de rouvrir la discussion. Il n'empêche que le projet d'article 26, paragraphe 9, a été rédigé en tant que note de bas de page et qu'il a finalement pris place dans le texte proprement dit. Contrairement à la Loi type, dans laquelle les États peuvent sélectionner les dispositions à inclure dans leur législation nationale, le Règlement doit être adopté dans son intégralité. Le projet d'article 26, paragraphe 9, ne constitue pas une règle et devrait être supprimé.

76. **Le Président** déclare que le fait d'instaurer une règle qui ne serait compréhensible qu'en référence à des notes de bas de page serait un précédent fâcheux. En l'absence de toute proposition de remaniement de la disposition sous une forme plus compréhensible, il part du principe que le Comité convient de la suppression du projet d'article 26, paragraphe 9.

77. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) indique que la suppression du projet d'article 26, paragraphe 9, soulève la question du sort à réserver à la référence à ce paragraphe faite à l'article 17, paragraphe 4.

78. **Le Président** déclare qu'en cas de suppression de l'article 26, paragraphe 9, la référence qui y est faite à l'article 17, paragraphe 4, doit tout naturellement l'être aussi.

79. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) précise que la référence à l'article 26, paragraphe 9, contenue à l'article 17, paragraphe 4, ne peut pas être purement et simplement supprimée. Il faudra la remplacer par autre chose, car elle aborde la question de fond qui est de savoir dans quelles circonstances autoriser des exceptions à la règle qui établit que les communications adressées au tribunal arbitral doivent l'être également et simultanément à toutes les parties.

80. **Le Président** convient que si l'article 26, paragraphe 9, est supprimé, le Comité devra examiner s'il y a lieu de maintenir l'exception prévue à l'article 17, paragraphe 4, sous une autre formulation. Il demande si un consensus a vu le jour sur la formulation du projet d'article 26, paragraphe 2 c).

81. **M. Torterola** (Argentine) suggère d'ajouter la phrase suivante, reprenant les termes de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États: "Aucune des dispositions de l'article 26, paragraphe 2 c), ne peut être interprétée comme faisant exception au droit concernant l'immunité d'exécution".

82. **M. Petrochilos** (Grèce) affirme qu'ajouter à une disposition particulière une phrase énonçant explicitement qu'elle n'implique pas une renonciation à l'immunité laisse entendre que les autres dispositions ne contenant pas une telle phrase impliquent une telle renonciation. Il note qu'aucune préoccupation n'a été soulevée auparavant quant à une éventuelle renonciation à l'immunité du fait de l'autorisation accordée au tribunal arbitral de décider de mesures provisoires.

83. **M. Jacquet** (France) déclare qu'il est déconseillé de rajouter cette phrase au texte ou aux notes. D'abord, le Groupe de travail a reporté toutes les questions touchant à l'arbitrage impliquant des États à un stade ultérieur. Ensuite, du point de vue des États, la question prête à controverse. Les États ont toujours eu la possibilité de renoncer à l'arbitrage selon le Règlement de la CNUDCI et d'opter pour celui prévu par la Convention pour le règlement des différends

relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, qui prend en considération les préoccupations particulières des États, dont l'immunité. Il est communément reconnu que l'acceptation de l'arbitrage par un État n'implique pas automatiquement la renonciation à l'immunité, et que les États n'invoquent plus l'immunité comme prétexte pour refuser l'arbitrage. L'immunité peut entrer en jeu lorsqu'un tribunal ordonne des mesures provisoires contre des biens d'un État, mais il s'agit là d'une question à traiter par les organismes nationaux compétents chargés de l'exécution qui n'a pas à être abordée dans le Règlement.

84. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) affirme que l'expression "comme faisant exception au droit concernant l'immunité d'exécution" semble faire référence à un droit particulier, alors qu'il n'existe pas de règle générale précise communément acceptée. Il estime que les préoccupations exprimées par l'Argentine sont déjà traitées de manière adéquate dans le principe général énoncé à l'article premier.

85. **Le Président** indique qu'à son sens la référence au "droit" ne servait qu'à préciser la loi applicable, et que les inquiétudes quant à la renonciation à l'immunité étaient couvertes par la disposition générale de l'article premier. De plus, une note précisant que le Règlement n'a pas d'incidence sur l'immunité sera incluse dans le rapport.

86. **M. Torterola** (Argentine) déclare qu'il est faux de penser que la formulation du Règlement n'a jamais eu d'impact sur l'immunité de juridiction des États. Dans un cas, l'article 32 existant, précisant que la sentence du tribunal "n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale" a été cité par les tribunaux français comme impliquant une renonciation à l'immunité. Si la question est remise à plus tard, le Règlement sera en vigueur en l'état durant l'intervalle, ce qui peut durer des années. D'ici la résolution de la question par une règle générale, la formulation qu'il propose devrait être incluse à l'article 26. Comme l'a noté le Président, l'expression "le droit" est censée faire référence à la loi en vigueur sur le lieu d'exécution de la mesure provisoire.

87. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) indique clairement qu'il n'est pas dans les projets du Groupe de travail de traiter l'arbitrage impliquant des États. Les délégués ont délibérément restreint le mandat du Groupe de travail à la discussion de la transparence dans les différends relatifs aux investissements et fondés sur des traités. Si la Commission souhaite élargir le mandat du Groupe de travail, libre à elle de le faire.

88. **Le Président** déclare que la question actuelle est de savoir si la formulation de l'article 26, paragraphe 2 c), pouvait être interprétée comme impliquant une renonciation à l'immunité, et dans l'affirmative, si des éclaircissements devraient être insérés dans le texte du Règlement proprement dit.

La séance est levée à 13 h 5.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 906^e séance tenue au Siège,
à New York, le mercredi 23 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.906]

Président provisoire: M. Sorieul (Secrétaire de la Commission)

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 15 h 15.

Élection du Bureau (suite)

1. **Le Président provisoire** invite le Groupe des États d'Afrique à présenter un candidat au poste de Vice-Président de la Commission.

2. Prenant la parole au nom du Groupe des États d'Afrique, **M^{me} Kiragu** (Kenya) propose la candidature de M. Moollan (Maurice) au poste de Vice-Président de la Commission.

3. *M. Moollan (Maurice) est élu Vice-Président par acclamation.*

4. *M. Schneider (Suisse), Président du Comité plénier, prend la présidence.*

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)*

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 26. Mesures provisoires (suite)

5. **Le Président** invite les membres de la Commission à faire d'autres observations au sujet du projet d'article en notant que l'examen de l'alinéa c) du paragraphe 2 a été suspendu et que la question de l'effet, sur le projet d'article 17, de la suppression du paragraphe 9 reste ouverte. La délégation de la Grèce a proposé de remplacer la dernière partie du chapeau de ce projet d'article par le texte suivant: "... le tribunal arbitral ordonne à une partie de prendre toute mesure suivante, sans limitation:".

6. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) propose de déplacer l'adjectif "temporaire" vers la fin du chapeau, qui serait alors libellé comme suit: "le tribunal arbitral ordonne à une partie notamment, mais non exclusivement, de prendre les mesures temporaires suivantes:".

7. **M. Bellenger** (France) dit que, dans son libellé actuel, le texte français du chapeau est satisfaisant, le principal point étant que la liste n'est pas exhaustive.

8. *Le projet d'article 26, tel que modifié, est adopté, sous réserve d'une finalisation du libellé du chapeau et d'un plus ample examen de l'alinéa c) du paragraphe 2.*

Projet d'article 27. Preuves

9. Guidé par la pratique, **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) estime qu'il serait utile que le projet d'article prévoie expressément le droit de contre-interrogatoire des témoins.

10. **Le Président** dit que le libellé actuel ne restreint nullement le droit d'interroger des témoins, sauf disposition contraire du projet d'article 28.

11. *Le projet d'article 27 est adopté.*

Projet d'article 28. Audiences

12. **M^{me} Aguirre** (Argentine) propose d'ajouter à la fin du paragraphe 4 les mots suivants: "... , à condition qu'une circonstance le justifie dûment".

13. **M^{me} Matias** (Israël), appuyée par **M. Viswanathan** (Inde) dit que, l'usage des visioconférences étant de plus en plus fréquent, il serait préférable de ne pas exiger une justification particulière à son sujet.

14. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) est du même avis, en notant l'applicabilité du paragraphe 1 du projet d'article 17.

15. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) est lui aussi de cet avis. Il serait peut-être utile de remplacer "interrogés" au paragraphe 4 par "entendus".

16. **Le Président** croit comprendre qu'en l'absence d'appui à l'une ou l'autre des modifications proposées, le projet d'article peut être adopté.

17. *Le projet d'article 28 est adopté.*

Projet d'article 29. Experts nommés par le tribunal arbitral

18. *Le projet d'article 29 est adopté.*

Projet d'article 30. Défaut.

19. **M. Sewaha** (Égypte) dit que, dans la version arabe du projet d'article, les mots "sans invoquer d'empêchement légitime" contenus dans le chapeau du texte anglais ont été déplacés vers les alinéas a) et b). Il se demande s'il n'y a pas de contradiction entre l'alinéa b) du projet d'article et le projet d'article 32.

20. **Le Président** dit que l'alinéa b) concerne le fond d'une affaire alors que le projet d'article 32 est une disposition de procédure qui s'applique en cas de non-respect du Règlement. Il n'y a pas de contradiction entre eux.

21. *Le projet d'article 30 est adopté.*

Projet d'article 31. Clôture des débats

22. **Le Président** note que, normalement, les "témoins" sont inclus dans les mots "encore des preuves" et ne sont pas considérés comme une catégorie distincte, comme au paragraphe 1.

23. **M^{me} Smyth** (Australie) propose de remplacer ce passage du paragraphe 1 par le texte suivant: "encore des preuves à présenter, y compris des témoins à produire...".

24. **M. Moollan** (Maurice) dit que le libellé est identique au texte de 1976 et n'a posé aucun problème.

25. *Le projet d'article 31 est adopté*

Projet d'article 32. Renonciation au droit de faire objection

26. *Le projet d'article 32 est adopté.*

Section IV. La sentence

Projet d'article 33. Décisions

27. **M. Friedman** (observateur de l'Association internationale du barreau) juge regrettable que, d'après le libellé actuel, un arbitre-président, seul, puisse décider seulement de questions de procédure sans pouvoir rendre une sentence. Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale offre une telle possibilité en l'absence de majorité. Il propose d'ajouter un troisième paragraphe dans ce sens.

28. **M. Torterola** (Argentine) dit que sa délégation souhaite conserver le libellé du Groupe de travail.

29. **M. Schöll** (observateur de la Suisse), appuyé par **M. Möller** (observateur de la Finlande), déclare appuyer la proposition de l'Association internationale du barreau mais accepterait tout consensus qui apparaîtrait au sujet du libellé du projet d'article 33.

30. **M. Moollan** (Maurice) dit que la proposition de l'Association internationale du barreau a des avantages parce que le Règlement d'arbitrage, dans son libellé actuel, laisse ouverte la possibilité qu'un arbitrage aboutisse à une impasse.

31. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est favorable à ce que reste inchangé le libellé actuel du projet d'article, que de nombreuses parties ont adopté parce qu'il présente pour elles la sécurité que toute décision qui serait prise par un tribunal arbitral aurait l'appui d'au moins deux des membres de celui-ci. Ceux qui appuient la solution consistant à donner à un arbitre-président un vote prépondérant en cas d'impasse partent de l'hypothèse que cet arbitre serait le plus raisonnable des membres du tribunal. Cette hypothèse n'est pas nécessairement vraie.

32. **Le Président** suggère qu'à la lumière des opinions exprimées, le Comité conserve le libellé qui a été approuvé par le Groupe de travail.

33. Au sujet des décisions sur les questions de procédure visées au paragraphe 2 du projet d'article 33, **M. Sewaha** (Égypte) se demande si

l'arbitre-président participerait aussi au réexamen d'une décision qu'il aurait prise seul, étant donné que les derniers mots du paragraphe 2 se rapportent au tribunal arbitral dans sa totalité. D'une part, il n'est pas approprié que l'arbitre-président réexamine sa propre décision, d'autre part, ce réexamen ne peut pas avoir lieu sans l'arbitre-président parce qu'en son absence le tribunal arbitral ne serait pas constitué comme il convient. Si, comme le pense la délégation égyptienne, la participation de l'arbitre-président au réexamen d'une décision prise par lui seul serait contraire au Règlement, la dernière disposition du paragraphe 2 doit être supprimée.

34. **Le Président** dit qu'il lui paraît qu'au sujet des questions de procédure dont l'arbitre-président aurait décidé seul, la décision de l'arbitre-président pourrait être réexaminée par le tribunal arbitral dans sa totalité ou par toute combinaison de deux arbitres.

35. *Le projet d'article 33 est adopté.*

Projet d'article 34. Forme et effet de la sentence

36. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) dit que la Commission devrait dire clairement dans son rapport que l'obligation légale d'une partie de rendre publique une sentence, dont il est question au paragraphe 5 du projet d'article 34, ne doit pas être interprétée comme limitant la possibilité pour l'ONU d'imposer certaines restrictions à la divulgation d'information liée à ses privilèges et immunités, y compris au sujet de sentences arbitrales.

Projet d'article 35. Loi applicable, amiable compositeur

37. **M. Friedman** (observateur de l'Association internationale du barreau) dit qu'au sujet du paragraphe 1 du projet d'article 35, et plus précisément de la désignation des règles de droit applicables au fond du litige, il ne voit pas de raison de restreindre la liberté de choix d'un tribunal arbitral à la détermination des règles de droit national qui doivent être appliquées dans des situations dans lesquelles les parties n'ont pas décidé de cette question. Il propose donc de remplacer la fin du paragraphe 1 par le texte suivant: "... le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il juge appropriées". Ainsi, il n'y aura plus de doute sur la question de savoir si un tribunal arbitral peut régler un litige en appliquant un ensemble de règles qui

différent du droit national, y compris, par exemple, les règles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

38. **M. Jacquet** (France) dit que la modification proposée n'empêchera pas un tribunal d'appliquer le droit national; elle ménagera simplement la possibilité d'appliquer des règles étrangères au droit national.

39. **M. Moollan** (Maurice) rappelle qu'après de longs débats mûrement réfléchis, le Groupe de travail a décidé qu'un tribunal arbitral devait se borner à choisir un droit national. Il est donc nécessaire que le Comité réexamine cette question.

40. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) dit que le projet d'article 35 donne aux deux parties au litige et aussi au tribunal arbitral beaucoup de souplesse pour ce qui est de désigner la loi ou les règles de droit qui s'appliquent au cas d'espèce. Néanmoins, le rapport de la Commission devrait faire apparaître que ni les parties ni le tribunal arbitral ne sont entièrement libres de décider du droit ou des règles applicables parce qu'ignorer certaines dispositions pourrait rendre la décision invalide ou inapplicable. C'est ce qui ressort clairement des articles 34 et 36 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international ainsi que de l'article V de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

41. Tout en étant de l'avis de la représentante de la Norvège, **M. Petrochilos** (Grèce) dit que le rapport devrait aller encore plus loin et spécifier que le paragraphe 1 du projet d'article 35 ne constitue pas un guide complet concernant les lois ou les règles applicables dans un arbitrage. Il y a des questions concernant le droit applicable qui ne dépendent pas du choix des parties, y compris la capacité des parties à conclure une opération.

42. *Le projet d'article 35 est adopté.*

Projet d'article 36. Transaction ou autres motifs de clôture de la procédure

43. *Le projet d'article 36 est adopté.*

Projet d'article 37. Interprétation de la sentence

44. *Le projet d'article 37 est adopté.*

Projet d'article 38. Rectification de la sentence.

45. *Le projet d'article 38 est adopté.*

Projet d'article 39. Sentence additionnelle

46. *Le projet d'article 39 est adopté.*

Projet d'article 40. Définition des frais

47. *Le projet d'article 40 est adopté.*

Projet d'article 42. Répartition des frais

48. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) dit que, dans la version anglaise, il y a désaccord entre le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 42 et celui du paragraphe 1 du projet d'article 40. Plus précisément, le premier parle de "award", alors que dans le deuxième, il est question de "decision". Sa délégation propose donc que le paragraphe 2 du projet d'article 42 soit modifié pour reprendre le terme employé au paragraphe 1 du projet d'article 40.

49. **Le Président** dit que, dans la version anglaise, le paragraphe 1 du projet d'article 40 parle de "decision" parce qu'une correction est non pas nécessairement une sentence mais plutôt une décision. En revanche, le paragraphe 2 du projet d'article 42 traite expressément des sentences. Selon lui, il s'agit bien de sentences en raison des conditions d'application. Si, toutefois, la décision concerne un montant qu'une des parties doit payer à l'autre, alors c'est de "sentence" qu'il s'agit. Il suggère que le Comité pourrait vouloir différer l'examen du projet d'article 42.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans ses observations concernant le paragraphe 2 f) du projet d'article 40 (A/CN.9/704), l'observateur de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a noté que, bien que la définition des frais inclue à la fois "les honoraires et frais" de l'autorité de nomination, la même définition inclut uniquement les "dépenses" du Secrétaire général de la CPA. Il a en outre noté que la CPA emploie couramment les mots "frais administratifs" pour désigner le montant demandé pour couvrir les dépenses administratives et autres engagées pour traiter une demande de désignation d'une autorité de nomination. Pour éliminer les ambiguïtés qui pourraient résulter des différences de libellé, le Secrétaire général de la CPA propose donc

que le texte de l'alinéa soit remplacé par le texte suivant: "Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination et du Secrétaire général de la CPA".

52. **Le Président** croit comprendre que le Comité souhaite adopter la modification proposée du paragraphe 2 f) du projet d'article 40.

53. *Il en est ainsi décidé*

Projet d'article 43. Consignation du montant des frais

54. *Le projet d'article 43 est adopté.*

La séance est suspendue à 16 h 30; elle est reprise à 17 h 10.

Annexe au Règlement

Projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats

55. **Le Président** invite le Comité à exposer d'autres vues concernant l'emplacement et la disposition du projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats. Il rappelle que, puisque le Comité continue à examiner une éventuelle déclaration de renonciation en relation avec le projet d'article 34, il sera peut-être nécessaire de modifier encore le texte du projet de libellé type.

56. *Le projet de libellé type de clause compromissoire pour les contrats est adopté, sous réserve de toute modification qui serait rendue nécessaire par les décisions que le Comité prendrait au sujet du projet d'article 34.*

Projets de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement

57. Au sujet des projets de déclarations d'indépendance types, **M. Petrochilos** (Grèce) dit que les mots "par la présente" devraient être supprimés aux deux premiers paragraphes car ils sont rendus redondants par une suppression antérieure. Au sujet de la note qui suit les projets de déclarations types, il propose que le substantif "parties" soit remplacé par les mots "futurs arbitres", les déclarations types devant être utilisées par les arbitres s'ils le souhaitent. Autre solution, la phrase liminaire pourrait être impersonnelle et ne mentionner ni les parties ni les arbitres.

58. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation a cru comprendre que les déclarations types étaient des textes que les parties pouvaient proposer aux arbitres, qui pouvaient choisir de les signer ou non.

59. **Le Président** dit que les projets de déclarations types soulèvent deux questions. La première a trait à l'application. Les institutions arbitrales attendent habituellement des arbitres qu'ils fassent une déclaration d'impartialité lors de leur nomination mais on ne voit pas clairement ce qui se passe lorsqu'une demande similaire est faite par les parties. La deuxième concerne l'obligation. Le projet d'article 11 du Règlement spécifie que lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, suggérant ainsi qu'une forme d'obligation existe. Le même projet d'article indique ensuite au lecteur que des déclarations d'indépendance types sont annexées au Règlement.

60. Concluant que les deux paragraphes contenant ces déclarations types s'adressent aux arbitres, mais que la note d'accompagnement est destinée aux parties, M. Loken suggère que la phrase liminaire de la note soit libellée comme suit: "Les parties pourraient envisager de demander à l'arbitre d'ajouter ce qui suit à la déclaration d'indépendance".

61. **M. Moollan** (Maurice) se dit de l'avis du représentant des États-Unis et préconise, par une modification mineure du libellé suggéré par le Président, le texte suivant: "Les parties pourraient envisager de demander à l'arbitre de faire la déclaration suivante en plus de la déclaration d'indépendance", afin de clarifier la nature du texte joint à la note.

62. **M. Ghikas** (Canada) se demande si l'intention du Groupe de travail II avait été qu'une demande adressée à un arbitre de faire la déclaration additionnelle énoncée dans la note pouvait être faite par une partie seulement, ou si elle devait l'être par toutes les parties.

63. **M. Mourre** (observateur de l'Association internationale du barreau) se demande si le paragraphe examiné pourrait être inclus dans le projet de déclaration lui-même plutôt que dans la note. Ainsi, il serait clair pour les praticiens de l'arbitrage que la

disponibilité, dont il est question dans la note, est une condition préalable pour l'arbitrage de la CNUDCI. Depuis un certain temps, de bons résultats ont été obtenus par la Chambre de commerce internationale avec une déclaration regroupant l'acceptation, la disponibilité et l'indépendance.

64. **Le Président** dit que le fait que la déclaration d'indépendance soit distincte de la déclaration de disponibilité s'explique par la mention d'une déclaration d'indépendance dans le projet d'article 11 du Règlement. Celui-ci ne fait pas état de la nécessité d'une déclaration de disponibilité.

65. **M. Petrochilos** (Grèce) dit qu'après avoir lu les rapports du Groupe de travail II et le projet d'article 11 du Règlement, il n'est toujours pas convaincu que le projet de déclarations d'indépendance doive être à la disposition seulement des parties qui pourraient le proposer, au lieu de pouvoir aussi être utilisé par les arbitres qui le souhaiteraient. Le rapport du Comité devrait élucider ce point.

66. **M. Torterola** (Argentine) propose que soient ajoutés aux projets de déclarations quelques mots qui confirmeraient que l'arbitre qui en fait une est impartial et indépendant par rapport non seulement aux parties mais aussi aux avocats des parties.

67. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) appuie la proposition.

68. En raison de l'évolution rapide de l'aspect de l'arbitrage qui est examiné par le Comité, **M. Moollan** (Maurice) met en garde contre une hâte par rapport à la pratique actuelle. Le Comité devrait notamment examiner le libellé de la déclaration d'acceptation, de disponibilité et d'indépendance établie par la Chambre de commerce internationale, pour voir s'il mentionne les avocats des parties.

69. **Le Président** dit qu'à son avis, le Comité doit déterminer non pas seulement ce qui est la pratique admise mais aussi ce qu'il souhaite. Lui-même se demande si le projet d'article 5 du Règlement, concernant la représentation et l'assistance, présente un intérêt à ce sujet.

70. **M. Möller** (observateur de la Finlande) appuie les vues du représentant de Maurice. Mentionner les avocats des parties pourrait aller trop loin. Il suppose que les mots "parties à l'arbitrage" incluent

automatiquement ses représentants dans la procédure. Sans que les arbitres en aient connaissance, les parties peuvent aussi avoir utilisé les services d'un large éventail d'autres juristes.

71. **M. Raouf** (observateur du Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration) dit que le Centre ne mentionne pas les avocats des parties dans sa propre pratique d'arbitrage. Néanmoins, la déclaration d'acceptation, de disponibilité et d'indépendance de la Chambre de commerce internationale mentionne la divulgation des relations entre un arbitre et l'une quelconque des parties, leurs entités apparentées ou leurs avocats ou d'autres représentants.

72. **M. Torterola** (Argentine) dit que le Comité devrait tenir compte de la transparence qui est nécessaire dans un arbitrage, compte tenu particulièrement de la direction prise par la Chambre de commerce internationale. Il invite instamment le Comité à ne pas limiter la transparence et à ne pas conduire les usagers à s'interroger sur l'impartialité des décisions.

73. Notant que la pratique des institutions n'est en tout cas pas homogène, **le Président** dit que le Comité devrait veiller à établir une distinction entre les règles et les pratiques des institutions, et celles de la CNUDCI. Les institutions peuvent changer rapidement leurs pratiques et leurs déclarations types face aux problèmes qui surgissent mais la Commission ne peut pas réagir avec la même vitesse et, donc, a eu une habitude de prudence, particulièrement dans les situations qui évoluaient rapidement.

74. Soulignant que sa déclaration précédente n'avait pas pour objet de restreindre la latitude dont dispose la Commission, **M. Moollan** (Maurice) dit que, selon la déclaration d'indépendance utilisée par la London Court of International Arbitration, simplement, la personne qui la prononce se déclare impartiale et indépendante de chacune des parties, sans mentionner les avocats de celles-ci.

75. **M^{me} Matias** (Israël) dit que le premier des projets de déclarations types contenus dans l'annexe au Règlement, en indiquant "À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité ou mon indépendance" offre peut-être des

garanties suffisantes, même s'il ne mentionne pas expressément les avocats ou conseils des parties.

76. **M^{me} Perales Viscasillas** (Espagne) dit que sa délégation, comme d'autres, considère que la mention des parties dans le contexte actuel inclut leurs représentants et avocats. Néanmoins, si plus de clarté apparaît nécessaire, le premier projet de déclaration type pourrait être remplacé par ce qui suit: "Je suis impartial et indépendant des parties et de leurs représentants dans le présent litige et entend le rester".

77. Selon **M. Ghikas** (Canada), il importe de se souvenir que l'objet des projets de déclarations types est de donner effet à l'article 11 du Règlement. Ils doivent être compris en rapport avec lui et n'ont pas besoin d'indiquer plus que ce qui est nécessaire, autrement dit d'exposer quoi que ce soit qui pourrait susciter des doutes justifiables concernant l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre. S'il apparaît nécessaire de donner plus de détails, ceux-ci devraient être logiquement inclus dans le projet d'article 11 du Règlement et aussi, ou à la place, dans son annexe. Néanmoins, une solution plus simple consiste à supprimer la première phrase de chacun des projets de déclarations types.

78. **Le Président** dit que le projet d'article 11 parle d'"impartialité" et d'"indépendance", de même que la première phrase de chacune des déclarations types. Supprimer ces phrases éliminerait ce parallélisme. Peut-être la première phrase pourrait-elle être raccourcie, et dire "Je suis impartial et indépendant et ai l'intention de le rester".

79. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Moollan** (Maurice), dit que la formule raccourcie paraît bizarre parce qu'elle ne précise pas par rapport à qui l'arbitre doit être impartial et indépendant.

80. **M. Torterola** (Argentine) dit que, selon sa délégation, l'approche actuelle néglige une occasion précieuse d'accroître la transparence dans l'arbitrage. Néanmoins, il ne s'opposera pas à un consensus du Comité.

81. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) dit que, selon elle, détailler les dispositions existantes tendrait à créer des problèmes au lieu d'en résoudre. L'indépendance et l'impartialité sont importantes même dans des situations dans lesquelles les arbitres n'ont aucun lien avec les parties. Les arbitres pourraient, par exemple, avoir un intérêt économique

personnel dans le résultat du litige. La formulation “impartial et indépendant dans le contexte du litige” pourrait peut-être être employée.

82. **Le Président** déduit du débat que le Comité tient principalement à ce que les arbitres fassent une déclaration d'impartialité et d'indépendance et à ce qu'il soit clair que l'impartialité et l'indépendance s'entendent par rapport aux parties. C'est ce que prévoit la première phrase de chacun des projets de déclarations types. En revanche, les liens avec les conseils, les avocats, les témoins ou les experts des parties sont considérés comme d'une importance secondaire et il pourrait en être traité par la formulation large qui figure dans la deuxième phrase de chacune des déclarations types.

83. **M. Moollan** (Maurice) approuve l'évaluation que le Président a faite des priorités concernant cette question. Les institutions arbitrales qui emploient des déclarations d'indépendance mentionnant sans plus de détail l'indépendance à l'égard des parties au litige ne semblent pas avoir de problème.

84. **Le Président** considère que le Comité ne voit pas le besoin de modifier le libellé du projet de déclarations types d'indépendance en application de l'article 11 du Règlement.

85. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 18 heures.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 907^e séance tenue au Siège,
à New York, le jeudi 24 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.907]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 10 h 20.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)*

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 17. Dispositions générales (suite)

1. **Le Président** invite le Comité à poursuivre l'examen du projet d'article 17.

2. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que la référence initiale au paragraphe 9 de l'article 26, contenue dans le paragraphe 4 du projet d'article 17, avait pour but de permettre une exception à l'obligation imposée à une partie d'adresser simultanément à toutes les autres parties toute communication adressée au tribunal arbitral. Pareille exception s'avère nécessaire lorsque la communication constitue une ordonnance préliminaire, car en informer l'autre partie peut donner à celle-ci le temps de déplacer ou de cacher les pièces en vue d'y faire échec. Suite à la suppression du paragraphe 9 du projet d'article 26, il suggère que la référence qui y est faite à la fin du paragraphe 4 du projet d'article 17 soit remplacée par "sauf si une communication différée à l'autre partie s'avère nécessaire pour permettre au tribunal arbitral d'examiner, sauf convention contraire, la demande par une partie d'une mesure provisoire ainsi que d'une requête en injonction préliminaire enjoignant à l'autre partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée pendant que le tribunal l'examine". Les mots "ne pas compromettre une mesure provisoire demandée" sont extraits du paragraphe b) de l'article 17 de la Loi type.

3. **Le Président** dit qu'il pourrait être préférable de définir l'exception de façon plus générale vu l'existence d'autres procédures visant à empêcher une partie de compromettre une ordonnance préliminaire, notamment en attendant les soumissions des deux parties avant de les communiquer ou de communiquer la requête d'une ordonnance préliminaire directement à l'institution concernée.

4. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) répond que sa délégation est ouverte à toute autre formulation aussi longtemps que l'exception signalée qui figurait dans le paragraphe 9 du projet d'article 26 avant d'être supprimée, est maintenue.

5. **M. Moolan** (Maurice) dit que l'exception pourrait être préservée plus simplement en ajoutant les mots "à moins qu'il n'en dispose autrement". Il pourrait s'avérer nécessaire d'ajouter une disposition supplémentaire afin de couvrir les cas d'autorisations rétrospectives plutôt que prospectives.

6. **Le Président** dit que la phrase "sauf convention contraire" concerne l'ensemble des cas, notamment une autorisation rétrospective.

7. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) dit que le problème pourrait également être résolu en ajoutant les mots "à moins que la loi applicable n'en dispose autrement, dans le but d'obtenir des mesures conservatoires".

8. **M. Jacquet** (France) dit qu'il n'est pas nécessaire de réintroduire de quelque manière que ce soit la référence à la disposition qui a été supprimée. Il y a des endroits plus appropriés pour traiter des méthodes alternatives de requête d'ordonnances préliminaires.

9. **Le Président** dit que la reformulation proposée vise à harmoniser le Règlement avec la Loi type, qui

autorise dans certains cas des exceptions à l'obligation de notification simultanée.

10. **M. Jacquet** (France) suggère que la solution la plus simple serait de supprimer les mots “en même temps” au paragraphe 4 du projet d'article 17.

11. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) déclare qu'il serait utile d'avoir par écrit ces diverses propositions.

12. **Le Président** dit que les trois propositions à l'examen comprennent la formulation proposée par la délégation des États-Unis, celle de l'observateur de l'Association of the Bar of the City of New York qui suggère d'ajouter la phrase “à moins que la loi applicable n'en dispose autrement, dans le but d'obtenir des mesures conservatoires”, outre la proposition de la délégation française de simplement supprimer les mots “en même temps”. Il suggère que les trois propositions soient distribuées sous forme écrite.

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 26. Mesures provisoires (suite)

13. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'à la fin du chapeau du paragraphe 2 du projet d'article 26, les mots “notamment, mais non exclusivement” devraient être remplacés par “par exemple, mais non exclusivement”. Il s'est assuré auprès de délégués arabophones, francophones et hispanophones que la formulation pouvait être traduite de façon satisfaisante dans leurs langues. Il espère qu'il en va de même pour le chinois et pour le russe. Les mots “par exemple, mais non exclusivement” pourraient également être insérés après “ordonne”. Bien que la phrase “par exemple, mais non exclusivement” paraisse redondante, les deux éléments s'avèrent nécessaires pour souligner un écart volontaire de la formulation en vigueur dans la Loi type.

14. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) estime que la version anglaise proposée est acceptable comme base de discussion.

15. **Le Président** demande si les membres du Comité ont modifié leurs points de vue au sujet de la proposition faite par le représentant de l'Argentine d'inclure une observation dans le rapport que “rien dans l'alinéa c) du paragraphe 2 ne doit être interprété comme faisant exception au droit en vigueur concernant l'immunité d'exécution”.

16. **M. Jacquet** (France) considère que cette observation est acceptable. Pour la cohérence du texte, il serait toutefois indiqué de la formuler en se référant de façon générale aux mesures provisoires plutôt que de la limiter à l'alinéa c) du paragraphe 2 du projet d'article 26.

17. **Le Président** note que la formulation proposée a pour objet d'éviter des mésinterprétations de cette clause spécifique. Si l'on veut se prémunir contre la mésinterprétation d'autres clauses, celles-ci devraient être spécifiées.

18. **M^{me} Smyth** (Australie) estime que la formulation ne répond pas directement à la question examinée et pourrait être perçue comme une question déjà traitée au paragraphe 3 de l'article premier. Afin de répondre aux préoccupations exprimées par l'Argentine et le Bureau des affaires juridiques, il serait préférable de recourir à une formulation excluant toute renonciation implicite, telle qu'une déclaration que les mesures provisoires ne sauraient en aucun cas être interprétées comme un abandon quelconque de toute immunité dans le cadre de la législation nationale.

19. **M. Petrochilos** (Grèce) estime que l'immunité d'exécution n'est pas du ressort du Règlement, car ce n'est qu'après la sentence du tribunal arbitral que cette question peut se poser. Si cet aspect doit être abordé maintenant dans le Règlement – notamment si des délégations préparent des observations d'ordre général pour souligner que l'intention était de préserver l'immunité d'exécution – il serait dans l'obligation de demander des instructions à son gouvernement. En revanche, il n'a pas d'objection à ce que certaines délégations déclarent officiellement ne rien trouver dans le Règlement concernant l'immunité souveraine. L'observation proposée par le représentant de l'Argentine ne constitue pas une règle à proprement parler et est, dès lors acceptable.

20. **M. Jacquet** (France) déclare, la proposition de l'Argentine n'ayant pas été acceptée pour figurer dans le texte du Règlement, qu'il suffit d'indiquer dans le rapport qu'une proposition a été faite, dont le Comité plénier a pris bonne note, mais que celui-ci a également mentionné qu'il était de mise de s'abstenir d'examiner la question de l'immunité.

21. **Le Président** souligne la nécessité de maintenir une cohérence entre le rapport et le Règlement. La

formulation proposée par le représentant de l'Argentine devrait figurer dans le rapport ainsi que l'information que le Comité plénier a estimé que la formulation devait être incluse dans le rapport, mais non dans le Règlement. L'observation émanant du Bureau des affaires juridiques figurera également dans le rapport.

22. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) déclare que tout en appréciant les tentatives de certaines délégations d'aborder le thème de l'immunité, l'intention du Bureau n'était certes pas de créer des difficultés. En outre, le Bureau souhaite faire une distinction entre l'immunité de l'Organisation des Nations Unies et celle des États.

23. *Le projet d'article 26 est adopté.*

Section I. Dispositions préliminaires

Projet d'article 3. Notification d'arbitrage (suite)

24. **M. Ghikas** (Canada) déclare que pour assurer la cohérence du texte, il serait indiqué de modifier dans la version anglaise le verbe "give" au paragraphe 1 par celui de "communicate", utilisé dans l'ensemble du Règlement.

25. **Le Président** dit qu'il ne perçoit pas d'objection à cette proposition au sein des membres du Comité.

26. *Le paragraphe 1 du projet d'article 3, tel que modifié, est adopté.*

Section IV. La sentence

Projet d'article 40. Définition des frais (suite)

Projet d'article 42. Répartition des frais (suite)

27. **Le Président** note qu'une question a été posée sur le motif qui a incité à utiliser le terme "décision" au paragraphe 1 du projet d'article 40, alors que le terme "sentence" est employé au paragraphe 2 du projet d'article 42.

28. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) signale, en se référant au paragraphe 16 du document A/CN.9/688, que le Groupe de travail avait estimé que le terme "sentence" avait une portée trop limitée dans le projet d'article 40, parce que le tribunal arbitral peut fixer les frais à tout stade de la procédure. Le Groupe de travail a par conséquent choisi d'utiliser le terme "décision" plutôt que "sentence" à la fin du paragraphe 1.

29. **M. Chung** (République de Corée) explique en outre que la répartition des frais mentionnée au paragraphe 2 du projet d'article 42, en revanche ne peut être prononcée que dans une sentence exécutoire; c'est pourquoi le terme "sentence" a été utilisé au paragraphe 2 de cette disposition plutôt que "décision".

30. **Le Président** croit comprendre que la formulation actuelle des deux paragraphes devrait être maintenue.

31. *Les projets d'articles 40 et 42 sont adoptés.*

La séance est suspendue à 11 h 25; elle est reprise à 12 h 15.

Section I. Dispositions préliminaires

Projet d'article 6. Autorités de désignation et de nomination

Paragraphe 4

32. **Le Président** appelle l'attention sur le texte qui vient d'être distribué dans la salle, contenant une version révisée du paragraphe 4 du projet d'article 6, qui s'énonce comme suit: "Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 41, si l'autorité de nomination refuse d'agir ou si elle ne nomme pas un arbitre dans les trente jours après avoir reçu de l'une des parties une demande dans ce sens, ou n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent Règlement, ou ne prend pas de décision concernant la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu de l'une des parties une demande dans ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer".

33. Le changement important dans le paragraphe tient à l'addition des mots "Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 41", en vue d'introduire une autre solution, contenue dans le projet d'article 41, sur la détermination définitive des honoraires.

34. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que l'ajout est ambigu et pourrait être remplacé par la phrase "À l'exception de la disposition visée au paragraphe 4 de l'article 41", ce qui serait plus clair.

35. **Le Président** déclare que la formulation n'est pas encore arrêtée et qu'une solution pourrait être trouvée durant la pause.

36. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) aimerait savoir si le nouveau texte devait remplacer le paragraphe 4 du projet d'article 6, tel que contenu dans le document A/CN.9/703, ou venir s'y ajouter.

37. **Le Président** dit qu'au cours des débats relatifs à cette version du paragraphe 4, il avait été proposé que la dernière phrase soit supprimée et remplacée par une référence à la solution distincte au paragraphe 4 du projet d'article 41. L'intention n'était pas de procéder à des modifications de fond, mais simplement de veiller à ce que la solution distincte du paragraphe 4 du projet d'article 41 ne soit pas mésinterprétée. Il considère que le texte proposé – remplaçant celui du document A/CN.9/703 – n'est pas encore entièrement satisfaisant et devrait faire l'objet d'un débat ultérieur.

38. *Il en est ainsi décidé.*

Section III. Procédure arbitrale

Projet d'article 17. Dispositions générales

Paragraphe 4

39. **Le Président** invite le Comité à poursuivre l'examen du paragraphe 4 de l'article 17 et appelle l'attention sur le texte venant d'être distribué dans la salle qui contient les trois versions de ce paragraphe, proposées respectivement par les États-Unis d'Amérique, Maurice et la France, outre une proposition complémentaire à celle de Maurice, présentée par l'Association of the Bar of the City of New York.

40. **M. Moollan** (Maurice) dit que la proposition mauricienne s'énonce comme suit: "Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, sauf exceptions admises par le tribunal arbitral". L'Association of the Bar of the City of New York a fait la suggestion d'ajouter les mots "ou par la loi applicable" après les mots "sauf exceptions admises par le tribunal arbitral" afin de couvrir les situations où une juridiction aurait adopté le paragraphe b) du projet d'article 17 de la Loi type.

41. Une préoccupation qui a surgi porte sur l'éventualité que l'amendement proposé soit susceptible de diluer les exigences du Règlement

parmi les juridictions qui font preuve d'une trop grande flexibilité à cet égard, provoquant ainsi l'intervention de la loi nationale applicable. La délégation française a également remarqué que la proposition mauricienne, telle que présentement rédigée, n'indique pas clairement si la condition s'applique uniquement à "en même temps" – ce qui était l'intention de Maurice – ou bien à l'ensemble de la première partie de la phrase. Aux fins de clarification, il propose soit de placer les mots "en même temps" juste avant la virgule, ou bien de les supprimer entièrement et de terminer ainsi la phrase. Une seconde phrase pourrait être formulée pour dire qu'une telle communication devrait être simultanée, sauf exceptions admises par le tribunal arbitral.

42. **Le Président** dit que si l'autorisation du tribunal arbitral ou la législation applicable fait l'objet d'une phrase séparée, supprimer les mots "en même temps" n'a pas de conséquences.

43. **M. Moollan** (Maurice) dit que le commentaire de la délégation française a trait à la proposition mauricienne et non à la proposition française, et que pour sa délégation, les termes "sauf exceptions admises par le tribunal arbitral" s'appliquent uniquement à l'envoi simultané des communications. La solution est d'écrire soit: "Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, sauf exceptions admises par le tribunal arbitral", ou bien: "Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse à toutes les autres parties en même temps. Cette communication sera simultanée, sauf exceptions admises par le tribunal arbitral".

44. La délégation française a suggéré de supprimer les mots "en même temps", mais la délégation mauricienne a rejeté la suggestion, car leur suppression laisse planer un doute: Les exceptions admises par le tribunal arbitral concernent-elles la règle tout entière ou seulement l'impératif de simultanéité des envois?

45. **Le Président** croit comprendre que la proposition mauricienne consistait simplement à déplacer les mots "en même temps" au sein du texte.

46. **M. Moollan** (Maurice) dit que l'emplacement de la phrase est sans importance du moment qu'il est clair que l'appréciation du tribunal ne porte que sur la

simultanéité de la communication et que la seule solution consiste à avoir deux phrases distinctes.

47. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) dit que sa délégation est en faveur de l'ajout d'une nouvelle phrase, parce que l'exception ne s'applique qu'aux conditions de diffusion de la communication.

48. **M. Jacquet** (France) rappelle que la proposition mauricienne s'inscrit dans la même pensée que la proposition française, et même est préférable à cette dernière car plus précise. Dès lors, la délégation française se propose de retirer sa propre proposition et de faire sienne celle de Maurice. Elle appuie la solution de deux phrases distinctes, l'une comportant les mots "en même temps", l'autre phrase se rapportant uniquement au facteur temps, spécifiant d'une manière ou d'une autre que la communication doit être simultanée.

49. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il approuve la proposition de deux phrases distinctes, afin de bien montrer que le pouvoir d'appréciation du tribunal ne porte que sur le facteur temps. Toutefois, il serait préférable de terminer la deuxième phrase avec la formulation "sauf exceptions admises par le tribunal arbitral ou la loi applicable".

50. **M. Kee** (observateur de l'Asia Pacific Regional Arbitration Group) dit que la première partie de la proposition des États-Unis pourrait être combinée avec la deuxième partie de la proposition de Maurice, ce qui s'énonce comme suit: "Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties sauf si la communication différée d'une partie à l'autre partie est autorisée par le tribunal arbitral".

51. **M. Friedmann** (observateur de l'Association internationale du barreau), préconise la proposition mauricienne, notamment parce qu'elle ne fait référence qu'à l'appréciation du tribunal arbitral et non à la loi applicable.

52. **M. Möller** (observateur de la Finlande) approuve la proposition mauricienne de deux phrases, mais suggère que les termes "ou la loi applicable" soient placés à la fin de la seconde phrase.

53. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que la deuxième phrase s'énoncerait comme suit: "Sauf exceptions admises par le tribunal arbitral ou la loi

applicable, une telle communication doit être simultanée."

54. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) soumet la proposition de sa délégation du paragraphe révisé du projet d'article 17, s'énonçant comme suit:

"Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse en même temps à toutes les autres parties, sauf si une communication différée à l'autre partie est nécessaire pour permettre au tribunal arbitral d'examiner, sauf convention contraire, la demande par une partie d'une mesure provisoire ainsi que d'une requête en injonction préliminaire enjoignant à l'autre partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée pendant que le tribunal l'examine."

55. **M. Ghikas** (Canada), appuyé par **M. Petrochilos** (Grèce), **M. Jacquet** (France) et **M. Schöll** (observateur de la Suisse) dit que sa délégation est en faveur de la proposition de deux phrases, ainsi que proposé par Maurice, sans toutefois ajouter la référence à la loi applicable. L'objet de cette dernière proposition est d'assurer que si la loi applicable devait interdire toute autre chose qu'une communication simultanée, le tribunal ne serait plus en mesure d'y déroger, ce qui serait contraire à l'objectif recherché. En outre, sa délégation préférerait la formulation utilisant l'expression "en même temps" plutôt que le mot "simultanément".

56. **Le Président** déclare qu'il croit comprendre que le but poursuivi par la délégation finlandaise est que si la loi applicable autorise dans certaines circonstances une communication différée, l'arbitre ne devrait pas avoir le droit de l'interdire.

57. **M. Ghikas** (Canada) fait savoir qu'il ne peut appuyer la proposition, même sur cette base.

58. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) estime qu'en ajoutant une formulation du type "sauf exceptions admises par le tribunal arbitral", ceci reviendrait à laisser entendre que le tribunal peut autoriser des mesures *ex parte*. Antérieurement, la Commission a tenté de ne pas prendre position sur cette question. L'ajout de ce nouveau texte représenterait par conséquent un revirement total sur cette question ainsi qu'un abandon de la neutralité recherchée au paragraphe 9 du projet d'article 26.

59. **Le Président** dit qu'il avait cru comprendre que la communication non simultanée dans des cas autres que les mesures *ex parte* ne présentait pas de difficultés. Les communications sont d'abord adressées au tribunal avant d'être transmises aux parties. Le pouvoir du tribunal n'en est pas affecté. Il avait pensé que placer l'exception entre les mains du tribunal permettait de résoudre le problème.

60. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) estime qu'il n'y a pas de doute que le tribunal a autorité de différer la communication d'une déclaration. Toutefois, le nouveau texte aurait pour conséquence de donner à des mesures *ex parte* le même statut qu'une simple injonction prononcée par le tribunal arbitral; en d'autres termes, cela reviendrait à conférer au tribunal le pouvoir d'accorder des mesures *ex parte*. Dans le passé, la Commission n'a pas pris position sur le pouvoir d'appréciation du tribunal à cet égard, laissant à la loi applicable le soin de déterminer cette question.

61. **M^{me} Smyth** (Australie) dit que sa délégation sympathise avec les vues exprimées par l'observateur de la Belgique, mais est encline à appuyer la proposition du représentant de Maurice du fait que cette dernière s'applique également lorsque des communications sont adressées au tribunal et ensuite transmises aux parties. En ce qui concerne les ordonnances préliminaires *ex parte*, la disposition semble formulée en termes suffisamment généraux pour préserver l'équilibre atteint par le Groupe de travail. Il serait de mise de ne pas se référer à la loi applicable. Elle est en faveur de la formulation proposée par l'Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG) qui offre en une phrase une solution élégante, mais elle accepterait la formulation en deux phrases si telle était la préférence de la majorité des délégations. Finalement, sa délégation préfère l'expression "en même temps" au mot "simultanément".

62. **M^{me} Thomas** (observatrice de l'Association of the Bar of the City of New York), en vue de répondre aux préoccupations exprimées à propos de l'ajout "ou la loi applicable", propose le texte ci-après: "Sauf exceptions admises par le tribunal arbitral et, le cas échéant, dans la mesure autorisée par la loi applicable". Cette formulation manifesterait clairement qu'aucune autorité n'est conférée au tribunal pour des communications *ex parte*, sauf dans le cadre de la loi applicable, le cas échéant.

63. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) déclare que sa délégation appuie la modification proposée parce qu'elle rapprocherait le texte de la version soumise par les États-Unis, dans la mesure où elle se réfère au fait que le tribunal est autorisé à ordonner des mesures dans le cadre de la loi plutôt que de s'autoriser lui-même à arrêter certaines mesures. Cette distinction est cruciale. Sa délégation serait en faveur de la version de la disposition proposée par les États-Unis, mais peut accepter la version proposée par Maurice avec la modification suggérée.

64. **M. Moollan** (Maurice) souligne que la phrase "Sauf convention contraire" dans la proposition américaine se réfère au pouvoir du tribunal de prononcer des ordonnances préliminaires. La proposition mauricienne se réfère simplement au pouvoir d'appréciation du tribunal de décider que les échanges ne devaient pas être simultanés; rien n'a été dit sur sa faculté de prononcer des mesures *ex parte*.

65. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) déclare que cette explication n'apaise pas totalement ses préoccupations. Les deux versions de la disposition à l'examen s'avèrent fondamentalement différentes. Dans le texte proposé par les États-Unis, l'application de la disposition requiert que le tribunal ait l'autorisation d'agir; en d'autres termes, le tribunal ne peut agir que s'il en reçoit l'autorité soit de la part des parties, soit dans le cadre de la loi applicable. La question de savoir si le tribunal est habilité à cet égard reste ouverte. Dans le texte proposé par Maurice, il est assumé que le tribunal est habilité, et la seule question est de savoir s'il fait usage ou non de cette faculté.

66. **Le Président** dit qu'il semble régner un large consensus, avec néanmoins une réserve concernant la capacité du tribunal à autoriser des communications non simultanées et que la disposition devrait être scindée en deux phrases. En outre, aucune majorité très nette ne semble se dégager en faveur de la référence à la loi applicable. Il croit comprendre par conséquent que le paragraphe 4 du projet d'article 17, après amendement, s'énoncerait de la façon suivante: "Lorsqu'une partie adresse au tribunal arbitral une communication, elle l'adresse à toutes les autres parties. Sauf exceptions admises par le tribunal arbitral, ces communications sont faites en même temps."

67. *Il en est ainsi décidé.*

*Section IV. La sentence**Projet d'article 41. Honoraires et dépenses des arbitres**Paragraphe 4*

68. Le **Président** appelle l'attention sur la version révisée du paragraphe 4 du projet d'article 41, proposée par l'Association internationale du barreau, qui a été distribuée dans la salle. De fait, le nouveau texte proposé est le même que celui de la version contenue dans le document A/CN.9/703/Add.1; la principale modification consistant à subdiviser le paragraphe en plusieurs alinéas pour le rendre plus lisible. Le texte révisé s'énonce comme suit:

“4. a) Lorsqu'il informe les parties des honoraires et des dépenses des arbitres qui ont été fixés en application de l'article 40, paragraphe 2 a) et b), le tribunal arbitral explique également la manière dont les montants correspondants ont été calculés;

b) Dans les quinze jours de la réception de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, toute partie peut en demander l'examen à l'autorité de nomination. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ni désignée, ou si l'autorité de nomination ne s'acquitte pas de ses fonctions pas dans les délais spécifiés par le Règlement, la question est portée devant le Secrétaire général de la CPA;

c) Si l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA estime que la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral est non conforme à la proposition du tribunal arbitral (et de toute modification qui y a été apportée le cas échéant) au titre du paragraphe 3 ou s'avère manifestement excessive, l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la CPA y apporte, dans les quarante-cinq jours qui suivent la réception de la demande d'examen, les modifications nécessaires pour répondre aux critères du paragraphe 1. Ces modifications seront contraignantes pour le tribunal arbitral;

d) Ces modifications sont soit incluses par le tribunal dans sa sentence, soit, si la sentence a déjà été rendue, mises en œuvre par

voie de rectification de la sentence, conformément au paragraphe 3 de l'article 38.”

69. **M. Petrochilos** (Grèce) propose que la dernière partie de la première phrase de l'alinéa c) soit modifiée comme suit: “les modifications nécessaires qui s'imposent au tribunal pour répondre aux critères du paragraphe 1”.

La séance est levée à 13 heures.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 908^e séance tenue au Siège,
à New York, le jeudi 24 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.908]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 15 h 25.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1; A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)*

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 17. Dispositions générales (suite)

1. **Le Président**, en réponse à la demande de l'Australie de formuler des commentaires sur le paragraphe 4, déclare qu'une fois le projet d'article adopté, la discussion ne peut être rouverte.

2. **M^{me} Smyth** (Australie), estimant que le paragraphe 4 tel qu'adopté ne reflète pas la position du Groupe de travail, demande à ce que soit consigné dans le compte rendu que l'Australie comprend par l'expression "à moins que le tribunal arbitral n'autorise le contraire" qu'il est simplement permis au tribunal de recevoir une communication à transmettre par la suite aux autres parties. Elle comprend par ailleurs, à la lumière des dispositions du paragraphe 1 sur l'égalité et l'équité, que le paragraphe 4 n'est pas censé avoir une incidence sur la question de savoir si un tribunal est habilité à promulguer des ordonnances ou à prendre toute autre mesure sans entendre les parties.

3. **M. Torterola** (Argentine) demande que le rapport reflète l'accord de l'Argentine à propos des remarques formulées par l'Australie.

Section IV. La sentence (suite)

Article 41. Honoraires et dépenses des arbitres (suite)

4. **Le Président** déclare qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 4 du

projet d'article 41, tel que modifié lors de la précédente séance.

5. *Il en est ainsi décidé.*

6. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique), rappelant qu'il lui a été demandé de rédiger une nouvelle formulation de l'article 41, indique que sa première proposition est d'insérer un nouveau paragraphe 5, relatif à la consignation d'une somme à l'autorité d'examen, libellé comme suit: "Une partie demandant l'examen, au titre du paragraphe 4, de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral, doit, au moment d'une telle demande, consigner auprès de l'autorité d'examen une somme à déterminer par cette dernière, en couverture du coût estimé de cet examen. Tout excédent est restitué par l'autorité d'examen une fois la procédure menée à terme."

7. **M^{me} Matias** (Israël) se dit troublée par la longueur de l'article 41 dans son ensemble, mais estime que le texte proposé peut être utile pour dissuader les demandes futiles. Toutefois, aucune disposition ne régit le cas où la somme consignée initialement s'avère insuffisante.

8. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) suggère en conséquence de remplacer la phrase finale du texte proposé par la suivante: "Tout ajustement du montant consigné doit être effectué, si nécessaire, au plus tard avant l'achèvement de l'examen."

9. **Le Président**, en réponse aux questions de l'Inde et de l'Argentine, précise que le nouveau paragraphe 5 instituera une procédure de réclamation nécessitant le versement d'une somme couvrant le coût de l'examen demandé de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral s'agissant de l'arbitrage précédent.

10. **M. Petrochilos** (Grèce) convient sur le principe du point soulevé et se félicite de la formulation proposée. Si une partie a un intérêt légitime à engager

une procédure d'examen, le coût engendré ne constitue pas un problème.

11. **M. Moollan** (Maurice) se demande s'il est souhaitable d'ajouter un nouveau paragraphe à un article déjà très conséquent. Les honoraires que l'autorité d'examen est en mesure de demander sont minimes et n'auront aucun effet dissuasif à l'égard des réclamations futiles.

12. **M. Torterola** (Argentine) déclare que si la somme concernée est censée rétribuer l'autorité d'examen, il est inutile d'évoquer une question aussi anodine dans le Règlement. Si la consignation doit avoir un effet dissuasif, il convient de spécifier qu'elle constitue une garantie.

13. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) explique qu'en fait cette somme couvre uniquement les frais engendrés par l'examen, mais qu'elle est également destinée à servir d'élément de dissuasion. Elle ne coupera pas court à toutes les demandes d'examen, mais peut en décourager certaines.

14. **M. Ghikas** (Canada) appuie la proposition des États-Unis. Il estime toutefois, à l'instar de Maurice et de l'Argentine, qu'elle est trop détaillée et risque de complexifier la règle. Il n'est pas favorable à l'ajout du nouveau paragraphe 5.

15. **Le Président** déclare que compte tenu des objections, le rapport pourrait simplement mentionner le fait que la Commission attend de l'autorité d'examen qu'elle fixe des honoraires susceptibles de dissuader toute demande d'examen futile.

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **M. Torterola** (Argentine) demande à ce que soit consigné dans le rapport le fait que l'Argentine convient du droit de l'autorité d'examen de fixer des honoraires, mais pas à titre dissuasif.

18. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) indique qu'une seconde phrase, à insérer en fin du paragraphe 6, répondrait au fait que chaque partie perdante peut vouloir chercher à retarder l'exécution de la sentence rendue par le tribunal en demandant un examen des montants fixés dans la sentence; cette phrase se lirait ainsi: "Si une sentence définitive contenant la note d'honoraires et de dépenses du tribunal fait l'objet d'une demande d'examen en application du paragraphe 4, toutes les dispositions énoncées dans la sentence autres que celles qui

concernent les honoraires et dépenses sont, dans toute la mesure autorisée par la législation applicable, soumises à reconnaissance et exécution immédiates." La référence à la législation applicable est destinée à concilier toutes les variantes des différents régimes juridiques.

19. **Le Président** observe que la disposition proposée aurait effectivement un effet dissuasif plus fort face aux abus et qu'elle reflète bien la volonté du Comité d'éviter tout report d'exécution de la sentence sur le fond.

20. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que selon lui, le paragraphe 6 ne concerne pas l'exécution de la sentence mais plutôt le champ d'application matériel du processus d'examen, qui ne devrait pas avoir d'incidence sur le fond de l'affaire.

21. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) indique qu'il préférerait une formulation plus neutre. Le ton quelque peu menaçant de l'énoncé proposé ne semble pas avoir pour objet de dissuader les abus, mais plutôt de décourager toute demande d'examen. Selon lui, il suffirait de souligner dans le paragraphe 6 qu'un examen de la note d'honoraires et de dépenses du tribunal arbitral n'affecte en rien l'exécution de la sentence sur le fond.

22. **M. Ghikas** (Canada), appuyé par **M. Torterola** (Argentine), et en accord avec la Belgique, affirme qu'il vaudrait mieux stipuler simplement qu'un processus d'examen en cours ne retarde en rien l'exécution de la sentence.

23. **M. Möller** (observateur de la Finlande) juge la proposition des États-Unis acceptable, bien qu'elle puisse être raccourcie. S'agissant de la proposition belge, il ne suffit pas de faire référence à l'exécution, il faut également évoquer la reconnaissance de la sentence.

24. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) précise que le ton involontairement sévère de sa proposition peut être évité en supprimant les mots "toute" et "immédiates"; mais dans ce cas, il conviendrait d'ajouter les termes "sans délai" après "reconnaissance et exécution", conformément au projet d'article 34, paragraphe 2.

25. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare que la proposition des États-Unis et la formulation plus courte proposée par la Belgique, le Canada et

l'Argentine ont globalement le même sens et qu'elle préfère cette dernière.

26. **M. Ghikas** (Canada), appuyé par **M. Boulet** (observateur de la Belgique), propose d'ajouter à la fin du texte actuel du paragraphe 6, la clause "ou ne retarde pas la reconnaissance et l'exécution des autres décisions".

27. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) observe qu'une décision n'est pas soumise à reconnaissance ou exécution, mais plutôt aux dispositions spécifiées dans la sentence autres que celles relatives aux honoraires et dépenses.

28. **Le Président** suggère d'ajouter la clause suivante à la fin de l'actuel paragraphe 6: "; elle ne retarde pas non plus la reconnaissance et l'exécution de toutes les parties de la sentence, à l'exception de celles qui concernent les honoraires et dépenses du tribunal arbitral".

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. *Le projet d'article 41, tel que modifié, est adopté.*

Section I. Dispositions préliminaires (suite)

Projet d'article 6. Autorités de désignation et de nomination (suite)

31. **M. Petrochilos** (Grèce) propose la reformulation suivante du paragraphe 4 du projet d'article 6 afin de prendre en compte la modification du projet d'article 41: "À l'exception des cas visés à l'article 41, paragraphe 4, si l'autorité de nomination refuse d'agir, ou si elle ne nomme pas d'arbitre dans les trente jours après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, n'agit pas dans tout autre délai prévu par le présent Règlement ou ne se prononce pas sur la récusation d'un arbitre dans un délai raisonnable après avoir reçu de l'une des parties une demande en ce sens, une partie peut demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination pour la remplacer." Elle établit clairement que le processus évoqué dans le projet d'article 41, paragraphe 4, opère de manière exclusive et indépendante.

32. **Le Président** croit comprendre que le Comité souhaite adopter la modification proposée du projet d'article 6, paragraphe 4.

33. *Il en est ainsi décidé.*

Section IV. La sentence (suite)

Projet d'article 34. Forme et effet de la sentence (suite)

34. **Le Président** fait part d'une proposition tendant à supprimer la troisième phrase du paragraphe 2 et à déplacer la question de la renonciation dans le projet de libellé type de clause compromissoire. Plutôt que de se voir imposer une renonciation par le Règlement, les parties seront ainsi en mesure d'adapter la renonciation à leur propre accord d'arbitrage; la possibilité d'une renonciation serait incluse en tant que cinquième indication susceptible d'être ajoutée à cet accord, au même titre que les quatre indications listées dans le projet d'annexe au Règlement (A/CN.9/703/Add.1, para. 28).

35. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) se demande quelles seraient les conséquences pour la juridiction de la Suisse, siège de bon nombre d'arbitrages. La renonciation prévue dans le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, par exemple, n'est pas directement reconnue en vertu de la législation suisse, qui exige un accord spécifique à cet effet. Si la disposition de renonciation est transférée dans la clause compromissoire type, afin que les parties l'adoptent directement, sera-t-elle considérée comme un accord exprès de renonciation à des droits plus généraux?

36. **M. Schöll** (observateur de la Suisse) reconnaît qu'aux termes de la loi fédérale suisse sur le droit international privé, les renonciations doivent être très spécifiques: une renonciation de caractère général au droit de recours contre une sentence n'est pas considérée comme valide. Les critères de validité devront cependant être vérifiés pour chaque juridiction.

37. **Le Président** déclare que la question est de savoir si la Cour suprême de Suisse interpréterait cette clause comme une renonciation spécifique si elle venait à être incluse dans un contrat.

38. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) affirme que la simple mention de la renonciation dans le cadre des cinq indications que les parties peuvent envisager d'ajouter risque de véhiculer un message erroné, car les quatre autres indications sont essentielles, contrairement à la clause de renonciation. Elle suggère de laisser en l'état le texte proposé et d'ajouter la note séparée suivante: "Si les parties souhaitent exclure les

voies de recours que la loi applicable leur offre contre la sentence arbitrale, elles peuvent envisager d'ajouter à cet effet une disposition du type proposé ci-dessous, en tenant compte toutefois du fait que l'efficacité et les conditions d'une telle exclusion dépendent de la loi applicable." Cette note serait suivie du texte de la renonciation.

39. **M. Moollan** (Maurice), **M^{me} Dostie** (Canada), **M^{me} Hu Shengtao** (Chine), **M. Boulet** (observateur de la Belgique) et **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) appuient la proposition de la Norvège.

40. **M. Möller** (observateur de la Finlande) indique que sa délégation est disposée à accepter cette proposition, mais uniquement dans un esprit de compromis.

41. **M. Bellenger** (France) déclare que la proposition norvégienne répond bien aux préoccupations qui ont été exprimées. Il note que l'approche du Comité à l'égard de la renonciation aux recours contre une sentence, en l'occurrence le déplacement du problème dans la clause compromissoire type, est une bonne solution; mais comme elle n'affectera qu'un nombre limité de pays, elle n'aura pas grandes conséquences.

42. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) indique que la proposition ne cadre pas avec le projet de libellé type de clause compromissoire pour des contrats mais qu'elle nécessite une note séparée qui pourrait être intitulée "Note concernant une éventuelle renonciation aux recours contre la sentence arbitrale". Ceci supposerait une modification de la formulation proposée par la délégation norvégienne, "à cet effet" étant remplacé par "à leur accord d'arbitrage".

43. **M. Moollan** (Maurice) déclare que la renonciation au droit de recours est une caractéristique fondamentale de l'arbitrage commercial international moderne; pour cette raison, il a été décidé de l'inclure dans le projet de libellé type de clause compromissoire. Il est inacceptable de la réduire à une simple note relative à une note dans une annexe, une simple annexe d'annexe.

44. **M. Torterola** (Argentine), appuyé par **M^{me} Kiragu** (Kenya), fait part de son soutien. La formulation et le format originaux de la clause de renonciation ont été décidés par consensus; il serait préférable de la conserver en tant que paragraphe e) de l'annexe au Règlement.

45. **M. Snijders** (observateur des Pays-Bas) suggère que plutôt d'en faire une note relative à une note, la proposition de la délégation norvégienne figure en tant que "Note 2", à la suite de la première note qui pourrait être intitulée "Note 1".

46. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare qu'il n'est pas dans ses intentions de rétrograder la clause de renonciation au rang de note; l'objectif est d'être précis, de manière à ce qu'une partie consultant l'annexe du Règlement trouve une liste récapitulative pratique sans avoir à démêler l'écheveau des interactions complexes entre clause de renonciation et législation applicable. Un titre spécifique est nécessaire car il s'agit d'une question spécifique: la clause compromissoire type n'en sera que plus conviviale.

47. **M. Möller** (observateur de la Finlande) et **M. Bellenger** (France) soutiennent la position exprimée par la délégation des États-Unis.

48. **M. Moollan** (Maurice) déclare qu'il faut bien sûr établir clairement pour les parties qu'il n'existe pas de renonciation aux recours dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, contrairement à d'autres règlements d'arbitrage modernes. C'est pourquoi la disposition pertinente a été transposée dans la clause compromissoire type; cette position ne doit pas être mise à mal.

49. **Le Président** estime que la formulation norvégienne de la clause de renonciation peut être incluse dans la même annexe au Règlement, sur la même page, sous un intitulé différent, qui serait celui proposé par la délégation des États-Unis.

50. **M. Moollan** (Maurice) indique qu'il aimerait enfin savoir si oui ou non la clause de renonciation proposée fera partie de l'annexe au Règlement intitulée "Projet de clause compromissoire type pour les contrats".

51. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) précise qu'il n'y a qu'une seule annexe au Règlement, contenant deux éléments, le projet de clause compromissoire type pour les contrats et le projet de déclarations d'indépendance types en application de l'article 11 du Règlement. Chacun de ces éléments est accompagné d'une ou plusieurs notes. Les États-Unis proposent que le titre "Projet de clause compromissoire type pour les contrats" et le texte subséquent soient suivis d'un titre complémentaire et

distinct, faisant référence à une renonciation aux recours contre la sentence arbitrale possible ou optionnelle.

52. **M. Rovine** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) déclare que le projet de clause compromissoire type pour les contrats, dans son ensemble, avec les notes y afférentes, n'ayant, de par sa nature, rien d'obligatoire, il est inapproprié d'ajouter une clause de renonciation elle-même décrite comme "possible" ou "optionnelle" sous le titre "Projet de clause compromissoire type pour les contrats".

53. **M. Torterola** (Argentine) préférerait que la renonciation soit dite "optionnelle" plutôt que "possible".

54. **M^{me} Cordero Moss** (Norvège) précise que le terme "optionnelle" peut suggérer à tort que la renonciation est officiellement considérée comme largement applicable. Or en fait, elle n'est possible que dans un petit nombre de juridictions.

55. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) indique que sa délégation a écouté attentivement les avis des représentants de la Norvège et des États-Unis d'Amérique et qu'elle n'a pas véritablement de préférence quant au placement de la clause de renonciation sous ou en-dehors du titre "Projet de clause compromissoire type pour les contrats".

56. **M^{me} Smyth** (Australie) affirme que par analogie avec le projet de clause compromissoire type pour les contrats et le projet de déclarations d'indépendance types déjà proposés pour insertion dans l'annexe au Règlement, le nouveau titre pourrait être "Projet de clause de renonciation type".

57. **M. Torterola** (Argentine) indique que pour éviter au Comité d'avoir à décider de décrire la clause de renonciation comme "possible" ou "optionnelle", la formulation proposée par la Norvège pourrait être adjointe sans ajouter un nouveau titre et donc sans modifier la structure existante de l'annexe au Règlement. L'insertion serait simplement considérée comme faisant partie du projet de clause compromissoire type pour les contrats.

58. **Le Président** déclare qu'il semble exister un consensus en faveur d'une séparation plus claire entre la clause de renonciation et les deux autres sections de l'annexe au Règlement. C'est pourquoi il croit

comprendre qu'en l'absence de toute autre proposition, le Comité souhaite ajouter à l'annexe au Règlement un titre séparé, "Déclaration possible concernant la renonciation", suivi du texte proposé par la représentante de la Norvège.

59. *Il en est ainsi décidé.*

Section I. Dispositions préliminaires (suite)

Projet d'article 2. Notification et calcul des délais (suite)

60. **Le Président** attire l'attention sur un texte contenant une formulation révisée, daté du 23 juin 2010, proposé par les représentants de l'Arménie, de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, de l'Égypte, des États-Unis d'Amérique, de la Grèce, d'Israël, de Maurice, de Norvège et de la République de Corée, ainsi que par les observateurs de la Belgique et de la Suisse.

61. **M. Petrochilos** (Grèce) indique que cette proposition commune, s'inspirant de la formulation contenue dans le document A/CN.9/703, a fait l'objet de quelques autres révisions mineures. L'objectif est de clarifier les détails des modes autorisés de communication des notifications, les lieux de remise autorisés, la réception réelle ou réputée et la remise par des moyens électroniques.

62. Si, après des diligences raisonnables, il s'est avéré impossible de délivrer une notification en raison de l'inexistence de l'adresse de remise, de l'absence du destinataire en ce lieu ou de l'impossibilité d'identifier l'adresse de l'établissement ou de la résidence habituelle du destinataire, la dernière adresse postale, le dernier établissement ou la dernière résidence habituelle connus du destinataire peuvent être utilisés. La remise par des moyens électroniques, une question discutée longuement au sein du Groupe de travail II, serait autorisée uniquement si une adresse de courrier électronique ou un numéro de télécopie a été désigné au préalable par une partie ou autorisée subséquemment par le tribunal arbitral. L'intention est d'éviter l'utilisation de boîtes de réception générales ou de numéros de télécopie où les messages entrants risquent de ne pas être relevés régulièrement. S'agissant des délais, il convient de rappeler que la condition essentielle des projets d'articles 2, 3 et 4 est la réception d'une notification. Cette condition sera satisfaite par la transmission par des moyens

électroniques ou la remise réelle ou présumée à une adresse physique.

63. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation préconise d'inverser l'ordre proposé des mots du projet d'article 2, paragraphe 2, pour ne pas suggérer que la remise doit intervenir, même si aucune adresse n'a été désignée par une partie à l'arbitrage ou par le tribunal arbitral. Par ailleurs, le texte introductif ajouté à ce paragraphe nécessiterait de modifier la suite du paragraphe afin d'établir clairement l'action alternative à mettre en œuvre si la remise s'avère impossible.

64. **M. Ghikas** (Canada) précise que sa délégation souhaite avoir l'assurance qu'en cas de remise réputée, il n'y a pas d'incompatibilité ou de manque de clarté entre ce concept, tel qu'exprimé dans la formulation inchangée du projet d'article 2, paragraphe 5, et celui énoncé dans le nouveau projet d'article 2, paragraphe 2.

65. **M. Moollan** (Maurice) indique que sa délégation se range à l'avis du représentant des États-Unis sur le fait que la suite à donner en cas d'échec d'une tentative de remise de notification doit être clairement établie.

66. **M. Chan** (Singapour), rappelant que l'objet principal du projet d'article 2 est de déterminer la date de réception d'une notification, déclare que la formulation proposée pourrait créer une confusion en insistant sur la remise plutôt que sur la réception. De même, alors que le paragraphe 1 fait référence à la transmission, le reste du projet d'article évoque la remise. L'utilisation d'un langage cohérent éviterait tout malentendu sur l'intention du projet d'article. La cohérence est également un facteur important dans le contexte plus large des documents de la CNUDCI. Si la formulation actuelle est intéressante du fait qu'elle énonce expressément la possibilité d'une remise de notification par des moyens électroniques, elle doit cependant être cohérente avec les autres instruments de la CNUDCI relatifs aux communications électroniques. C'est pourquoi il suggère de remplacer le mot "transmise" par "expédiée", employé dans ces instruments de la CNUDCI.

67. **Le Président** se demande si une telle harmonisation permettrait de clarifier le sens sous-jacent de ce projet d'article, car l'emploi de "transmise" au paragraphe 1, qui implique que le destinataire a reçu la notification, est en tout état de cause suivi de "envoi" au paragraphe 5, décrivant l'impossibilité pour la notification de parvenir entre les mains du destinataire.

68. **M. Chan** (Singapour) indique que, dans le cas des moyens électroniques, le concept d'expédition inclut celui de "transmission". Il convient cependant que l'utilisation du mot "envoi", un terme plus générique que "expédiée", est parfaitement appropriée dans le paragraphe 5.

69. **Le Président** croit comprendre que les délégations préoccupées par la formulation du projet d'article 2, notamment par l'harmonisation des termes employés et leur interaction, souhaitent poursuivre leurs travaux sur le texte.

70. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 18 h 5.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 909^e séance tenue au Siège,
à New York, le vendredi 25 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.909]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

La séance est ouverte à 10 h 30.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**
(A/CN.9/703 et Add.1, A/CN.9/704 et Add.1 à 10)

*Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)*

Section I. Dispositions préliminaires (suite)

*Projet d'article 2. Notification et calcul des délais
(suite)*

1. **Le Président** attire l'attention sur la proposition de version révisée du projet d'article 2, telle qu'elle figure dans le document de séance A/CN.9/XLIII/CRP.2/Add.3, élaboré par plusieurs délégations.

2. Attirant l'attention sur les modifications apportées, le Président déclare que la première phrase du paragraphe 2 porte sur une idée importante, à savoir que l'adresse désignée par telle ou telle partie concernée doit être la même que celle utilisée aux fins de communication. Aux termes du projet d'article 3, les parties ont l'obligation de fournir des coordonnées précises; cependant, à ce jour, le Règlement d'arbitrage n'exige nullement l'utilisation de ces coordonnées. La deuxième phrase du paragraphe 2 dit que la communication électronique n'est autorisée que si elle est envoyée à des adresses électroniques spécifiquement désignées – et ce, afin d'éviter, par exemple, que des notifications soient envoyées à des adresses électroniques qui n'existent plus. Le paragraphe 3, alinéa a), concerne la notion clef de "reçu", sur laquelle reposent également d'autres dispositions, tandis que le paragraphe 3, alinéa b), renvoie à la notion de "réputé reçu". Le paragraphe 4 établit la position de repli en cas d'échec de la transmission telle qu'elle est prévue aux paragraphes 2 et 3.

3. **M. Seweha** (Égypte) déclare que l'expression "réputée reçue", utilisée au paragraphe 5, est contradictoire avec le contenu du paragraphe 3, dans la mesure où elle se réfère non seulement à des notifications réputées reçues aux termes du paragraphe 3 b), mais aussi à des notifications effectivement reçues aux termes du paragraphe 3 a).

4. **Le Président** souligne que le paragraphe 5 vise à déterminer la date de réception. Il ajoute que, d'après l'interprétation des délégations anglophones, il croit comprendre que l'expression "deemed received" ("réputée reçue") peut englober la notion de "actually received" ("effectivement reçue").

5. Le Président se demande pour quelle raison, au paragraphe 4, le mot "effected" ("effective") a été utilisé en matière de réception du message, et si le terme "made" ("effectuée") ne serait pas préférable.

6. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare que le mot "effected" ("effective") est le plus approprié dans ce contexte.

7. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que, aux termes du paragraphe 5 du nouveau texte proposé, la date de réception présumée (ou "réputée") est la même que celle de l'envoi ou de la tentative d'envoi. Cependant, dans le cas des messages électroniques, l'auteur de l'envoi ignore souvent si le message a été effectivement transmis ou non. Par conséquent, il conviendrait, semble-t-il, d'établir une règle spécifique pour les communications électroniques. M. Castello propose l'ajout, au paragraphe 5, de la phrase suivante: "Toute notification transmise par voie électronique est réputée reçue le jour même de l'envoi."

8. **M. Chan** (Singapour) propose l'utilisation du terme "dispatched" ("délivré") à la place du mot "transmitted" ("transmis"), afin de mettre le Règlement d'arbitrage en conformité avec la

Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

9. **Le Président** déclare que, si l'on peut souhaiter une certaine cohérence des textes de la CNUDCI concernant différents sujets, il importe également d'utiliser, dans le cadre du Règlement d'arbitrage, une terminologie compréhensible par l'ensemble de la communauté commerciale et d'arbitrage. Le Président demande si d'autres délégués sont favorables au fait que le Règlement d'arbitrage s'aligne sur la formulation de la Convention précitée; il demande également si le terme "dispatched" ("délivré") sera bien clair pour tous les utilisateurs du Règlement d'arbitrage. Enfin, le Président se demande également si la communauté des usagers électroniques peut avoir des difficultés vis-à-vis du mot "transmitted" ("transmis").

10. **M. Chan** (Singapour) déclare que le mot "transmitted" ("transmis") est un terme général, alors que le mot "dispatched" ("délivré") est d'usage courant et compris par tous, et notamment par les pays ayant fondé leur législation nationale sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, ou encore sur la Convention des Nations Unies susmentionnée.

11. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare que le concept de "communication" a une importance majeure en ce qui concerne les instruments de la Commission en matière de communication et de commerce électroniques: on considère généralement que ce processus de communication commence par l'envoi – ou "délivrance" du message – et est couronné par la réception de celui-ci. Toutefois, dans le contexte électronique, envoi et réception peuvent être simultanés. Jusqu'à présent, la Commission a généralement considéré que le moment de l'envoi et celui de la communication ne faisaient qu'un. Par conséquent, il semble approprié, en l'occurrence, d'utiliser le terme "dispatch" ("envoi" ou "délivrance").

12. **Le Président** demande si le mot "envoyé" pourrait convenir, en tant que terme non technique susceptible de remplacer le mot "dispatched" ("délivré").

13. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que, si, dans la phrase en question, on optait pour le mot "dispatched" ("délivré"), ce serait le seul endroit

du texte du Règlement où ce terme serait utilisé. Étant donné que les notions de "transmission" ("transmission") et de "sending" ("envoi") sont déjà utilisées dans la version du projet d'article 2 actuellement examinée, l'introduction d'un troisième concept ne pourrait que créer la confusion. Par conséquent, la délégation des États-Unis préfère le mot "sent" ("envoyé") à celui de "dispatched" ("délivré").

14. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) déclare que l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux définit le moment de l'envoi d'une communication électronique comme celui où le message est transmis à partir du système d'information électronique de l'expéditeur, et le moment de la réception comme celui où le message en question peut être "relevé" à une certaine adresse électronique désignée. Pour être conforme à la Convention, le Règlement d'arbitrage devrait considérer le moment où le message peut être relevé plutôt que le moment de l'envoi.

15. **Le Président** rappelle que cette notion de message qui peut être "relevé" figurait dans le projet d'article 2, au paragraphe 1 b), dans le document A/CN.9/703, mais avait été finalement supprimée en raison d'une forte opposition de certains membres de la Commission. Il faut noter cependant qu'en l'occurrence, la notion en question concernait les communications en général, tandis que, dans le nouveau contexte, elle concerne spécifiquement les communications électroniques. Le Président demande si les membres de la Commission souhaitent réintroduire ce concept dans le contexte actuel.

16. **M. Chan** (Singapour) déclare que l'observateur de la Belgique a soulevé un point important. L'un des objectifs de la révision du Règlement d'arbitrage est de mettre celui-ci en conformité avec le nouvel environnement en matière de communications électroniques; dès lors, les termes "sent" ("envoyé") et "dispatched" ("délivré") ne conviennent peut-être pas dans ce nouveau contexte.

17. **Le Président** déclare que le Secrétaire a confirmé que le terme "sent" ("envoyé") pourrait être préférable à "dispatched" ("délivré"). Cependant, les représentants de la Belgique et de Singapour ont soulevé un autre problème, à savoir à quel moment on doit considérer que le message électronique a été reçu.

Le Président demande au Secrétaire de développer ce point.

18. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare que sa seule préoccupation est d'être certain que la phrase supplémentaire proposée par le représentant des États-Unis d'Amérique soit parfaitement compréhensible. Étant donné que, dans le cas de communications électroniques, on ne peut établir précisément si une notification a été transmise le jour de son envoi (ou de sa "délivrance") ou le jour où elle est susceptible d'être "relevée" ("retrieved"), la Commission devrait tout simplement fixer une règle concernant le choix de l'une de ces deux options.

19. **Le Président** déclare qu'alors que la solution la plus simple serait, apparemment, d'utiliser le mot "sent" ("envoyé"), l'observateur de la Belgique a soulevé une autre question, à savoir: Du fait de la nature même des communications électroniques, est-il souhaitable, dans la perspective de procédures d'arbitrage, d'introduire la notion supplémentaire de "capable of being retrieved" (notification susceptible d'être relevée...), en ayant bien à l'esprit que la version révisée du Règlement d'arbitrage a déjà pris en considération le caractère spécifique des communications électroniques?

20. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare que la nature spécifique des communications électroniques n'est pas la préoccupation principale de la Commission; il reste que la Commission doit déterminer quelle règle fondamentale elle souhaite établir. Si la notification est considérée comme ayant été reçue le jour même de l'envoi, il est plus facile, en principe, pour l'expéditeur, d'avoir une preuve de la réception de la part du destinataire. Si, au contraire, la Commission décidait de considérer le message comme reçu à la date où le message est susceptible d'être relevé – ce qui, en fait, correspond davantage à la pratique générale recommandée en matière de commerce électronique –, l'expéditeur aurait davantage de difficultés à apporter la preuve de la réception, car l'adresse électronique pourrait ne pas être forcément utilisée par le destinataire; dès lors, l'expéditeur ne saurait pas nécessairement à partir de quel moment la notification a été accessible dans le système d'information du destinataire. La solution la plus simple serait d'utiliser le mot "sent" ("envoyé"); mais il faut bien comprendre que, dans ce cas, le

destinataire peut affirmer qu'il n'a pas été en mesure de prendre connaissance du message.

21. **Le Président** déclare qu'à défaut d'objection fondamentale de la part de telle ou telle délégation, il propose d'utiliser le mot "sent" ("envoyé"), dans la mesure où cela permet d'établir clairement à partir de quelle date la notification peut être réputée reçue. L'inconvénient de la seconde approche est que l'expéditeur n'est pas en mesure de savoir si le message a pu être relevé.

22. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) déclare que c'est à l'issue de longs débats et d'une étude très scrupuleuse que le Groupe de travail sur le commerce électronique, auquel il a lui-même participé, a rédigé l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. M. Boulet ajoute que, par conséquent, il a une certaine réticence à s'éloigner de ce qui a déjà été établi à l'article 10 de cette convention – dont le paragraphe 2 dit que "le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée". Dans ce même paragraphe, on peut lire également qu'une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci. Si une règle différente était établie – une règle selon laquelle la notification serait réputée reçue simultanément avec son envoi –, on négligerait un risque majeur, à savoir que le message soit parti mais n'ait jamais atteint le système électronique du destinataire.

23. Il importe de bien comprendre que, comme dans le cas des communications traditionnelles, il y a toujours, en matière de communication électronique, un intermédiaire entre l'expéditeur et le destinataire; c'est cet intermédiaire qui, en principe, est en mesure de certifier la date de réception du message. Si l'on en arrivait à considérer qu'une notification transmise par voie électronique était reçue simultanément, la Commission dirait l'exact opposé de ce qui a été établi pour les communications traditionnelles – à savoir que le message est réputé reçu à la date où il a été délivré ou à la date de la tentative d'envoi. M. Boulet considère qu'il n'y a aucune raison valable de se départir du principe établi par la Convention.

24. **Le Président** demande de quelle manière, dans un tel cas, l'expéditeur pourrait prouver qu'un message est à même d'être relevé par le destinataire.

25. **M. Boulet** (observateur de la Belgique) déclare que, selon toute probabilité, nous disposerons des moyens techniques permettant de déterminer le moment de l'envoi ou de la réception d'un message électronique dès que cela deviendra une exigence du point de vue juridique; l'orateur ajoute, d'ailleurs, qu'il croit savoir que ces moyens existent déjà. De toute manière, ce problème n'est pas insurmontable; ainsi, on peut simplement demander au destinataire d'envoyer une attestation de bonne réception. En revanche, dans le cadre de la seconde approche proposée, on part du principe que le destinataire a effectivement reçu le message, alors même que cela n'est pas avéré.

26. **Le Président** demande si d'autres délégations partagent la préoccupation de l'observateur de la Belgique, ou si elles jugent acceptable la formulation "réputé reçu le jour de l'envoi". Si un destinataire craint que la notification envoyée à une certaine adresse électronique ne lui parvienne pas, il pourra toujours demander que le message en question lui soit plutôt envoyé à une adresse postale ou remis en mains propres. Les difficultés éventuellement liées au mode de communication électronique pourront être signifiées dans le rapport.

27. **M. Chan** (Singapour) déclare que, étant donné que les règles définies doivent être appliquées concrètement, à des cas de figure réels, il importe de bien préciser et de bien comprendre le mode d'application des règles en question. M. Chan invite à une certaine vigilance – autrement dit, à ne pas recourir à des formulations qui pourraient se révéler problématiques dans la vie réelle.

28. **Le Président** déclare que, de l'avis du Secrétaire de la Commission, les termes "sent" ("envoyé") et "dispatched" ("délivré") ont la même signification. Il ajoute que, s'il n'y a aucune objection, il propose d'utiliser le mot "envoyé".

29. **M. Chan** (Singapour) réaffirme qu'il est nécessaire d'harmoniser les termes du Règlement avec la terminologie des conventions internationales et des différentes législations nationales. En ce qui concerne l'élément encore plus important évoqué par l'observateur représentant la Belgique, les experts du

Groupe de travail sur le commerce électronique ont déjà souligné que toute communication électronique transmise à une certaine adresse électronique passait obligatoirement par un intermédiaire; dès lors, la notification peut ne pas parvenir au destinataire après réception par l'intermédiaire. C'est la raison pour laquelle le Groupe de travail a finalement opté pour la formule "susceptible d'être relevé". Les membres du Groupe de travail ont été également informés du fait que, contrairement à tout autre mode de communication, une communication électronique était enregistrée à chaque stade du processus, et que, par conséquent, il était possible de recourir à un examen d'ordre juridique, permettant de déterminer si la notification en question avait pu être effectivement relevée.

30. **Le Président** déclare que l'observation formulée par le représentant de Singapour est importante. Il ajoute toutefois que, considérant qu'aucune autre délégation ne s'est opposée au texte proposé, il suggère que la Commission adopte en l'état la deuxième révision du projet de texte de l'article 2 – y compris la phrase supplémentaire proposée par la délégation des États-Unis d'Amérique, comportant le mot "sent" ("envoyé") – avant de poursuivre les discussions, lors de la suspension de séance, et de rechercher un éventuel consensus sur l'ajout ou non d'un texte concernant spécifiquement les communications électroniques; si le texte reste inchangé, les préoccupations concernant l'utilisation du mot "envoyé" pourront être intégrées au texte du rapport.

31. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) propose de scinder les deux phrases du deuxième paragraphe du texte révisé du projet d'article 2 en deux alinéas – a) et b), se référant respectivement aux modes de communication traditionnels et aux communications électroniques. Dans ce cas, le début du paragraphe 3 devrait être modifié, comme suit: "Conformément à l'alinéa a) du paragraphe 2, en l'absence d'une telle désignation ou d'une autorisation spécifique..."; de plus, aux paragraphes 4 et 5, chaque renvoi au paragraphe 2 devrait être également modifié, afin de faire référence au nouvel alinéa a) du paragraphe 2.

32. **Le Président** demande quelle serait l'utilité de singulariser ainsi le mode de communication électronique.

33. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) précise qu'elle n'a pas pour objectif de singulariser les communications électroniques. Mais elle a cru comprendre que, dans le texte actuel, les paragraphes 3 et 4 concernaient principalement les modes de communication traditionnels; si tel est le cas, M^{me} Hu considère qu'il conviendrait de distinguer, dans les deux paragraphes en question, les communications de type traditionnel des communications de type électronique. Et, pour ce faire, il faudrait obligatoirement établir la même distinction au paragraphe 2.
34. **Le Président** déclare que la question des communications électroniques est très complexe. La Commission doit faire l'équilibre entre la nécessité d'un texte qui résiste à l'examen et celle d'achever sa mission. Le Président demande si d'autres modifications pourraient être nécessaires avant l'adoption définitive du projet d'article 2.
35. **M. Moollan** (Maurice) déclare que le Président a parfaitement permis à l'ensemble des délégations d'exprimer leur point de vue. En fait, la Commission a bénéficié d'une contribution importante de la délégation de Singapour lors de la rédaction du second texte révisé du projet d'article 2. La délégation de l'île Maurice ne juge absolument pas utile de laisser cette question ouverte, dans la mesure où l'on est déjà parvenu à un large consensus sur le texte actuel, avec l'ajout de la phrase proposée par la délégation des États-Unis d'Amérique et l'utilisation éventuelle du mot "envoyé"; par conséquent – estime le délégué mauricien –, ce texte devrait être définitivement adopté, sans autre forme de débat. Tous les aspects du texte ont déjà été examinés à maintes reprises; fondamentalement, la seule question qui subsiste est le choix entre les termes "sent" ("envoyé") et "dispatched" ("délivré").
36. **Le Président** déclare avoir cru comprendre que le représentant de Singapour n'avait pas seulement soulevé un problème de terminologie, mais qu'il avait également indiqué que, dans le cas de communications électroniques, les questions de preuve et de responsabilité étaient différentes – par rapport aux modes de communication traditionnels –, et que la Commission commettrait une grave erreur en considérant qu'une notification électronique devait être réputée reçue le jour même de son envoi ou de sa transmission.
37. **M. Raouf** (observateur du Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration) demande pour quelle raison la formule "tentative de remise de la communication conformément au paragraphe 4" est utilisée au paragraphe 5 du deuxième texte révisé du projet d'article 2.
38. **Le Président** précise qu'aux termes du paragraphe 4, la remise de la notification peut soit se faire à la dernière adresse commerciale connue du destinataire, à son lieu de résidence habituel ou à son adresse électronique – cas conformes au contenu du paragraphe 4 –, soit ne pas avoir lieu, auquel cas on peut dire qu'il y a eu "tentative de remise", conformément à ce même paragraphe 4. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 5 se réfère deux fois au paragraphe 4.
39. **M. Seweha** (Égypte) déclare que, si le paragraphe 5 de la deuxième révision du projet d'article 2 se réfère au jour où la communication "est réputée reçue", le paragraphe 6 se réfère au jour où la notification a effectivement été reçue. Si la même expression était utilisée dans les deux cas, il serait difficile de déterminer si le délai en question devrait commencer à la date du jour de réception effectif, ou, au contraire, dès le jour où la notification "est réputée reçue". La délégation égyptienne opte pour une distinction, en écrivant "réputée reçue" conformément aux paragraphes 2 et 3 b), et "reçue" conformément au paragraphe 3 a).
40. **M. Moollan** (Maurice) déclare qu'une solution possible serait de modifier les premiers mots d'introduction au paragraphe 5, comme suit: "la date du jour où la notification est traitée comme ayant été reçue".
41. **Le Président** déclare que cette option introduirait un nouveau terme dans l'équation – à savoir le mot "traitée" –, alors qu'en vérité, il s'agit de choisir entre l'expression "réputée reçue" et le mot "reçue".
42. **M. Moollan** (Maurice) retire sa proposition dans la mesure où elle ne semble pas obtenir l'adhésion des participants.
43. **Le Président** déclare qu'il convient d'éclaircir l'ensemble du problème, dans la mesure où certains délégués ont souligné que la formule "réputée reçue" contenait le mot "reçue", alors que le paragraphe 6 ne retenait que le mot "reçue". Le Président propose que,

dans un souci de cohérence, l'expression "réputée reçue" soit utilisée à la fin du paragraphe 6 – de même qu'au paragraphe 5.

44. **M. Chung** Chang-ho (République de Corée) déclare que sa délégation considère qu'au paragraphe 6, le terme "reçue" signifie à la fois "matériellement reçue" et "réputée reçue"; par conséquent, la délégation de la République de Corée juge qu'il n'y a pas lieu d'ajouter ce nouvel élément au paragraphe 6.

45. **Le Président** déclare que, si personne n'est favorable à l'ajout proposé, il considèrera qu'au paragraphe 6 du rapport, le terme "reçue" englobe la notion de "réputée reçue".

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. **M^{me} Smyth** (Australie), se référant toujours au paragraphe 2, déclare que la délégation australienne souhaiterait que le rapport indique que le groupe de rédaction informel a bien compris que la référence à une adresse "spécifiquement désignée pour la réception d'une telle notification" s'applique également aux contrats dans le cadre desquels les parties se sont communiqué des adresses aux fins de réception d'une notification, y compris une notification d'arbitrage. L'expression "spécifiquement désignée pour la réception d'une telle notification" ne vise pas à exclure d'autres précisions contractuelles, d'ordre plus général, et pouvant se référer à d'autres types de notification, en dehors de la notification d'arbitrage.

48. **Le Président** déclare qu'à défaut d'objection, il considère que ce point sera inclus dans le rapport, selon la demande ainsi formulée.

49. *Il en est ainsi décidé.*

Projet d'article 7. Nombre d'arbitres

50. **Le Président** déclare que le projet d'article 7 a fait l'objet d'un débat approfondi, et que le Groupe de travail est convenu de maintenir la solution de compromis – à savoir trois arbitres –, sous réserve d'un modeste ajout au paragraphe 2, concernant le cas de non-localisation du défendeur. Le Comité doit décider s'il souhaite maintenir cette option ou adopter la proposition de la délégation mexicaine (document A/CN.9/704/Add.6). Le Mexique a en effet proposé que l'on nomme un seul arbitre – au lieu de trois – si les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord

sur le nombre d'arbitres, et que cet arbitre unique puisse éventuellement, à la demande des parties, désigner trois arbitres.

51. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que, dans le cadre de la définition du Règlement, l'adoption d'une telle proposition provoquerait des retards, dans la mesure où l'une ou l'autre des parties pourrait décider, à tel ou tel stade du processus, de demander un jury de trois arbitres. Cela exigerait de nouveaux exposés et une nouvelle audience – au stade en question –, et prolongerait d'autant le processus. De plus, la situation ne serait pas claire quant aux décisions déjà prises. Étant donné les nombreuses causes possibles de complication et de retard, la délégation américaine est favorable à la règle par défaut de trois arbitres.

52. **M. Jacquet** (France) déclare que la proposition mexicaine viendrait contredire la position adoptée par le Groupe de travail après une réflexion approfondie; par conséquent, cette proposition ne devrait pas être examinée.

53. **M^{me} Aguirre** (Argentine) déclare que sa délégation est également favorable au maintien de l'option de trois arbitres.

54. **Le Président** déclare que, s'il n'a pas connaissance d'un quelconque soutien à la proposition mexicaine, il considèrera que le projet d'article 7 est adopté en l'état.

55. *Le projet d'article 7 est adopté.*

Section III. Procédure arbitrale (suite)

Projet d'article 17. Dispositions générales (suite)

Paragraphe 4 (suite)

56. **Le Président** déclare que plusieurs délégations ont demandé la réouverture du débat sur le projet d'article 17, paragraphe 4 – texte adopté, à l'origine, lors de la 90^e séance.

57. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare qu'à la suite de consultations avec d'autres délégations, la délégation australienne souhaite reformuler comme suit la seconde phrase du paragraphe 4 – tel qu'il a été adopté par la Commission à sa 90^e séance: "De telles communications seront effectuées simultanément, sauf autorisation contraire du tribunal d'arbitrage, si la législation en vigueur le lui permet." Cette nouvelle

formulation serait un reflet plus fidèle des conclusions du Groupe de travail.

58. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que la délégation américaine est prête à accepter cette proposition, à une réserve près – à savoir que le terme “autorisation” soit remplacé par le mot “permission”. Le terme “permission” a déjà fait l'objet d'un long débat; comme l'a indiqué le représentant de l'île Maurice, il s'agit du terme approprié, car le projet d'article 17 se réfère à une permission à la fois prospective et rétroactive. L'utilisation du mot “autorisation” impliquerait qu'il y avait déjà eu, auparavant, une autorisation officielle; or, ce ne serait pas nécessairement le cas.

59. **M. Moollan** (Maurice), **M^{me} Aguirre** (Argentine) et **M. Lebedev** (Fédération de Russie) approuvent la proposition.

60. **Le Président** déclare qu'à défaut de toute objection, il considèrera que le mot “autorisation” sera remplacé par le terme “permission”.

61. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 12 h 5; elle est reprise à 12 h 55.

Projet d'article 2 (suite)

62. **Le Président** attire l'attention sur un troisième texte révisé du projet d'article 2 – texte proposé par les États-Unis d'Amérique et distribué aux participants.

63. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) déclare que la position souhaitée par le groupe de consultation visait à éviter, dans le cas des plaidoyers respectifs ordinaires, la demande d'une preuve, difficile à obtenir, de réception d'un message électronique, et à n'exiger une telle preuve que dans le cas d'une notification d'arbitrage. Sur cette base, la délégation des États-Unis d'Amérique a révisé le texte proposé, comme suit: “Une notification transmise par voie électronique est réputée reçue le jour de son envoi, excepté dans le cas d'une notification d'arbitrage envoyée par les mêmes moyens et qui ne sera ‘réputée reçue’ qu'à la date où elle est effectivement parvenue à l'adresse électronique du destinataire.” La formule “lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique du destinataire” a été empruntée au paragraphe 10 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur

l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

64. **M. Chan** (Singapour) déclare avoir, à l'origine, approuvé la formulation du texte révisé de l'article 2, mais que, par la suite, ayant lu l'ensemble de la proposition par écrit, il avait jugé que tout lecteur sensé en conclurait logiquement que toute notification envoyée par voie électronique et autre qu'une notification d'arbitrage serait réputée reçue même si elle n'était pas parvenue à l'adresse électronique du destinataire. Par conséquent, M. Chan demande la reformulation de la proposition en question, afin d'éviter cette interprétation erronée.

65. **M. Moollan** (Maurice) se déclare surpris par la réaction du représentant de Singapour, pourtant membre du groupe de rédaction étant parvenu à un consensus au sujet de la proposition en question. Il faut rappeler qu'une décision de principe a été prise – à savoir limiter de manière drastique les cas d'envoi de notifications par voie électronique autorisés par le Règlement. Il a été décidé qu'une partie devait désigner une adresse électronique fonctionnant effectivement. La proposition n'a fait qu'ajouter un niveau de protection supplémentaire pour les notifications d'arbitrage – cela étant le fondement même de la juridiction du tribunal d'arbitrage.

66. La délégation mauricienne considère que la proposition représente un juste équilibre, dans la mesure où, d'une part, elle permet au tribunal et à une partie ne bénéficiant pas de la présence du défendeur de suivre normalement la procédure, et que, d'autre part, elle garantit la réception, par le destinataire, du document fondamental – à savoir la notification d'arbitrage.

67. **Le Président** considère que l'observation en question ne concerne que les cas où, dans un processus normal d'arbitrage, une notification envoyée à la partie adverse est retournée, et où, cependant, cette notification est réputée reçue pour satisfaire aux besoins de la communication ordinaire. Le Président ajoute qu'à défaut de toute autre objection, il considèrera que la proposition des États-Unis d'Amérique est acceptée.

68. *Il en est ainsi décidé.*

69. *Le projet d'article 2, tel que modifié oralement, est adopté.*

70. **Le Président** déclare qu'à défaut d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'ensemble du projet de version révisée du Règlement.

71. *L'ensemble du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est adopté.*

La séance est levée à 13 h 10.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

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

**Compte rendu analytique de la 910^e séance tenue au Siège,
à New York, le vendredi 25 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.910]

Président: M. Schneider (Président du Comité plénier) (Suisse)

Ensuite: M. Moollan (Vice-Président) (Maurice)

La séance est ouverte à 15 h 15.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)**

(A/CN.9/703 et Add.1; A/CN.9/704 et Add.1 à 10;
A/CN.9/705)

*Rapport du Comité plénier de la Commission relatif
à son examen d'une version révisée du Règlement
d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/XLIII/CRP.1/
Add.1 à 5; A/CN.9/XLIII/CRP.2 et Add.1 à 3, ainsi que
A/CN.9/XLIII/CRP.4)*

1. **Le Président** invite le Comité à examiner son projet de rapport à la Commission, lors de son étude d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui figure dans les documents A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.1 à 6, A/CN.9/XLIII/CRP.2 et Add.1 à 3, ainsi que A/CN.9/XLIII/CRP.4.

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.1

2. *Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.*

3. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit, en se référant au paragraphe 7, que l'on peut qualifier les États de "souverains", mais à son avis, ce n'est pas le cas des organisations intergouvernementales [qui ne peuvent être "souveraines"]. Il propose de supprimer simplement ce qualificatif.

4. **M^{me} Montejo** (Bureau des affaires juridiques) dit qu'elle ne s'oppose pas à la suppression de "souveraines", mais elle souligne qu'il ne faut pas interpréter cela comme ayant une incidence sur les pratiques et procédures des Nations Unies dont il est question au paragraphe 8.

5. *Le paragraphe 7, tel que modifié oralement, et le paragraphe 8 sont adoptés.*

6. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique), dit, au sujet du paragraphe 9, que si l'on suit la même logique que celle de sa proposition visant à modifier le paragraphe 7, il faut remplacer le membre de phrase "entités souveraines" par "États ou organisations intergouvernementales".

7. *Le paragraphe 9, tel que modifié oralement, et les paragraphes 10 à 18 sont adoptés.*

8. **M^{me} Smyth** (Australie), appuyée par **M. Moollan** (Maurice), dit que le membre de phrase "excluant ce type de consultations, lesquelles, a-t-on dit, sont une pratique courante" au paragraphe 19, et le membre de phrase "si des consultations étaient une pratique courante" au paragraphe 20 ne sont pas clairs et ne reflètent peut-être pas exactement le débat du Comité. L'oratrice propose de mettre plutôt "excluant ce type de consultations, qui dit-on se produisent en pratique" au paragraphe 19 et le membre de phrase "alors que ces consultations se produisent en pratique" au paragraphe 20.

9. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 20, malgré sa longueur, ne semble pas refléter entièrement les débats du Comité. Il propose d'ajouter une nouvelle phrase, après la seconde phrase, ainsi libellée: "L'on a aussi suggéré, de donner plus de précisions sur la façon dont les arbitres feraient ces consultations."

10. *Les paragraphes 19 et 20, tels que modifiés oralement, et les paragraphes 21 à 24 sont adoptés.*

11. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé actuel du paragraphe 25 ne rend pas complètement compte du débat du Comité sur l'égalité des parties. Il propose de couper la première phrase après "autorité de nomination". De plus, il faudrait

insérer à cet endroit la nouvelle phrase ci-après: “Toutefois, l’on fait remarquer que conférer tout le pouvoir de nomination à l’autorité de nomination préserve le principe de l’égalité des parties.” Il faudrait modifier ainsi le reste de la première phrase initiale: “Le Comité a conclu que l’on n’avait pas besoin d’ajouter ce libellé au Règlement.”

12. *Le paragraphe 25, tel que modifié oralement, est adopté.*

13. **M^{me} Smyth** (Australie), se référant au paragraphe 26, dit qu’à la première phrase, il faudrait remplacer le membre de phrase “dispenserait un arbitre de l’obligation” par “dispenserait l’arbitre (homme ou femme) de son obligation”.

14. **M. Rovine** (observateur de l’Association of the Bar of the City of New York) dit que, dans ce même membre de phrase, il faudrait remplacer le mot “dispenserait” par le mot “déchargerait”, qui serait plus approprié dans ce contexte.

15. *Le paragraphe 26, tel que modifié oralement, et les paragraphes 27 à 34 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.2

16. *Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.*

17. **M. Castello** (États-Unis d’Amérique), se référant au paragraphe 6, dit que pour éviter de risquer de laisser entendre que le Comité en est venu de lui-même à une conclusion quant à l’immunité contre les actions judiciaires du Président de la Cour permanente d’arbitrage (CPA), il suggère de remanier ainsi les deux premières phrases. L’on raccourcirait la première phrase qui deviendrait: “Le Comité a noté que l’on a signalé que le Secrétaire général de la CPA figurait parmi ceux contre lesquels les parties renonceraient à intenter une action en responsabilité en vertu de la version révisée du Règlement.” L’on ajouterait ensuite le libellé ci-après au reste de la première phrase initiale afin d’élucider que la Cour permanente elle-même en est venue à cette conclusion: “Toutefois, selon les observations de la CPA, les membres de cette cour bénéficient déjà de l’immunité...”.

18. *Le paragraphe 6, tel que modifié oralement, et le paragraphe 7 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.3

19. **M. Castello** (États-Unis d’Amérique), se référant au paragraphe 1, propose, afin de rendre compte plus exactement du débat du Comité sur la question, de remplacer le membre de phrase “toute possibilité”, qui pourrait susciter une controverse, par la phrase “l’on pourrait invoquer ‘toute possibilité’ pour retarder la procédure ou pour la détourner autrement de son objectif”.

20. *Le paragraphe 1, tel que modifié oralement, et les paragraphes 2 à 23 sont adoptés.*

21. **M^{me} Smyth** (Australie), se référant au paragraphe 24, rappelle que, lors du débat du Comité sur le projet d’article 23, sa délégation a demandé si le Règlement d’arbitrage obligeait un défendeur à répondre à une demande reconventionnelle. Elle rappelle aussi que le représentant de la Grèce a signalé que le projet d’article 24 contenait une disposition générale pertinente à cet égard. Selon l’oratrice, comme le paragraphe 26 a trait au débat du Comité sur le projet d’article 24, il faudrait peut-être ajouter ce paragraphe au paragraphe 24.

22. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) dit qu’il est plus probable que les futurs lecteurs du rapport de la session de la Commission cherchent les antécédents de la décision du Comité dans les commentaires relatifs au projet d’article 23 que dans ceux relatifs au projet d’article 24.

23. *Les paragraphes 24 à 39 sont adoptés.*

24. **M. Castello** (États-Unis d’Amérique), se référant au paragraphe 40, propose, afin de mieux rendre compte du débat du Comité sur la question, de remplacer la dernière phrase “Cette suggestion n’a pas été appuyée”, par “l’amendement proposé provoquant toujours un désaccord, il n’a pas été adopté”.

25. *Le paragraphe 40, tel que modifié oralement, et le paragraphe 41 sont adoptés.*

26. **M. Rovine** (observateur de l’Association of the Bar of the City of New York), se référant au paragraphe 42, déclare se demander pourquoi la section du projet de rapport en cours de débat ne fait nullement référence au projet d’article 34 de la version révisée du Règlement.

27. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) dit que le projet d’article 34 figure dans

le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.4, avec une série d'autres projets d'articles dont le Comité a initialement différé l'examen pour qu'ils puissent être mis au point.

28. *Les paragraphes 42 et 43 sont adoptés.*

29. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il serait plus exact que les références à "l'ordre public du tribunal" et à "la loi du tribunal" au paragraphe 44 aient trait à l'"instance" et non au "tribunal".

30. **Le Président** dit qu'en fait le mot "tribunal" figure trois fois dans le paragraphe, mais qu'il n'a pas toujours la même signification. Dans les première et troisième occurrences, "tribunal" signifie le tribunal chargé de faire respecter la loi. Et dans l'occurrence qui reste, l'on pourrait remplacer ce mot par "instance".

31. **M^{me} Smyth** (Australie) dit qu'il serait peut-être mieux de faire allusion à la loi de l'instance chargée de l'appliquer.

32. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) déclare se demander s'il ne suffirait pas de parler dans chaque cas de "loi applicable".

33. **Le Président** dit craindre qu'en parlant simplement de "loi applicable" l'on ne dise pas clairement que la loi applicable varie dans chaque situation. Or, il ne s'agit pas en l'espèce de la loi applicable dans le domaine de l'arbitrage, mais de la loi applicable en matière de capacité juridique, d'arbitrabilité et d'ordre public.

34. **M. Jacquet** (France) dit qu'il importe de se souvenir que, comme sa première phrase l'indique, le paragraphe en question vise à étayer l'argument soulevé par la délégation norvégienne, selon laquelle le choix de la loi qui doit régir une procédure d'arbitrage n'est pas entièrement libre. Par exemple, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) indique parfois la loi qu'il faut appliquer. La question essentielle consiste donc à déterminer quelle est la loi qui s'applique, et non de trouver le tribunal ou l'instance à saisir.

35. **Le Président** dit qu'à la lumière des opinions exprimées, il préconise de remanier ainsi la dernière phrase du paragraphe comme suit: "Il a été souligné que la loi applicable à chacune des parties et la loi que l'instance doit appliquer devraient être prises en

considération s'agissant de la capacité juridique, de l'arbitrabilité et de l'ordre public." Il faut aussi envisager cette phrase de concert avec celle qui la précède immédiatement, car elle en est un développement.

36. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que la référence dans la dernière phrase du paragraphe à "la loi de chacune des parties" pourrait aussi être une source de confusion. Il propose donc de remanier la dernière phrase du paragraphe comme suit: "Il a été souligné qu'il fallait prendre en considération les lois pertinentes relatives à la capacité juridique, à l'arbitrabilité et à l'ordre public."

37. **Le Président** dit estimer que le Comité souhaite modifier la dernière phrase du paragraphe 44 pour l'aligner sur la proposition du représentant des États-Unis.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. *Le paragraphe 44, tel que modifié oralement, et les paragraphes 45 à 52 sont adoptés.*

La séance est suspendue à 16 h 5; elle est reprise à 16 h 30.

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.4

40. *Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.*

41. **M^{me} Thomas** (observatrice de l'Association of the Bar of the City of New York) préconise de remplacer le mot "complétée" au paragraphe 5 par le mot "étoffée".

42. *Le paragraphe 5, tel que modifié oralement, est adopté.*

43. *Le paragraphe 6 est adopté.*

44. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) dit qu'il faudrait remplacer la première partie de la première phrase du paragraphe 7, avant les deux points, par le libellé suivant: "Le Comité a examiné la proposition ci-après pour le projet d'article 2." Au paragraphe 3 du texte proposé, il faudrait insérer le mot "ou" avant l'alinéa "b)". Au paragraphe 4, il faudrait remplacer le mot "remise" par le mot "effectuée".

45. *Le paragraphe 7, tel que modifié oralement, est adopté.*

46. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) lit à haute voix quatre nouveaux paragraphes, à insérer après le paragraphe 7, qui ont surtout trait au paragraphe 5 du projet d'article 2. Les nouveaux paragraphes sont le reflet du débat relatif, entre autres, au besoin de compatibilité entre la version révisée du Règlement et d'autres normes de la CNUDCI en matière de communication électronique; la rédaction d'un règlement spécifique sur la notification d'arbitrage; le besoin de tenir compte d'une pratique dans laquelle on ne pouvait encore recourir que de façon limitée aux communications électroniques; et plus généralement le pour et le contre, dans la pratique quotidienne de l'arbitrage, d'un règlement reposant sur une réception réputée d'une notification fondée sur l'expédition plutôt que sur la réception électronique.
47. Le nouveau libellé adopté par le Comité, à insérer à la fin du paragraphe 5 du projet d'article 2, serait le suivant: "Une notification transmise par des moyens électroniques est réputée avoir été reçue le jour de son envoi; toutefois, une notification d'arbitrage ainsi transmise n'est réputée avoir été reçue que le jour où elle parvient à l'adresse électronique du destinataire."
48. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) fait remarquer que la règle relative à l'heure réputée de la réception des transmissions électroniques est fondée sur l'envoi et non sur la réception des messages afin de permettre à l'expéditeur de connaître avec certitude la façon dont la durée d'expédition est calculée, mais l'on n'a pas eu l'intention de déplacer le moment de la réception. Cela doit résulter clairement du texte supplémentaire qui vient d'être lu à haute voix par un représentant du secrétariat. Par ailleurs, il faudrait indiquer dans la référence aux termes généraux du contrat que c'est ledit contrat qui a suscité l'arbitrage.
49. **M. Seweha** (Égypte) dit que le rapport doit aussi tenir compte du souhait exprimé lors de la séance précédente selon lequel l'expression "réputée reçue" recouvre la réception réelle.
50. **Le Président** dit que le secrétariat préparera un libellé approprié qui tienne compte de ces trois points.
51. *Les nouveaux paragraphes relatifs au projet d'article 2, tels qu'ils ont été oralement proposés par le secrétariat de la CNUDCI, sont adoptés en attendant le remaniement convenu.*
52. *Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.*
53. *Le paragraphe 10 est adopté avec un changement rédactionnel mineur.*
54. *Les paragraphes 11 à 14 sont adoptés.*
55. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer les mots "refus d'action" après "en cas d'inaction" dans la première phrase du paragraphe 15.
56. *Le paragraphe 15, tel que modifié oralement, est adopté.*
57. *Les paragraphes 16 à 22 sont adoptés.*
58. **M^{me} Smyth** (Australie) propose de supprimer le membre de phrase "en même temps" après les mots: "adresse au tribunal arbitral une communication" au paragraphe 23.
59. *Le paragraphe 23, tel que modifié oralement, est adopté.*
60. **M^{me} Smyth** (Australie) propose de supprimer le texte qui commence par "n'autorisait pas" jusqu'à la fin du paragraphe 24, et de le remplacer par le libellé suivant: "n'avait pas pour effet de trancher la question de savoir si un tribunal arbitral peut émettre des ordonnances sans entendre les parties. À ce sujet, une délégation a rappelé que selon le paragraphe 1 du projet d'article 17, le tribunal arbitral est tenu de traiter les parties sur un pied d'égalité et d'assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties."
61. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) lit à haute voix un ajout à la fin du paragraphe 24 selon lequel le Comité a adopté une proposition. Cette proposition vise à élucider le fait que le Règlement demeure neutre en renvoyant à la loi applicable pour déterminer si le tribunal arbitral a le pouvoir d'autoriser les communications différées.
62. L'oratrice propose aussi de modifier comme suit le paragraphe 25: "Le Comité a adopté quant au fond le paragraphe 4 du projet d'article 17, tel qu'il figure aux paragraphes 23 et 24."
63. *Les paragraphes 24 et 25, tels que modifiés oralement, sont adoptés.*
64. *Les paragraphes 26 et 27 sont adoptés.*
65. *Le paragraphe 28 est adopté avec un changement rédactionnel mineur.*

66. *Le paragraphe 29 est adopté avec un changement rédactionnel mineur.*
67. **M^{me} Aguirre** (Argentine) propose d'insérer les mots "des États" après le mot "immunité" à la première phrase du paragraphe 30.
68. **M^{me} Smyth** (Australie) propose l'insertion d'une nouvelle deuxième phrase libellée comme suit: "Il a aussi été proposé d'inclure une disposition générale selon laquelle rien dans le Règlement ne devrait supposer une renonciation à une quelconque immunité des États." Elle propose de remplacer, dans la deuxième phrase initiale, le mot "nécessaire" par le mot "approprié" et dans la dernière phrase d'ajouter "il était inutile car" après "qu".
69. *Le paragraphe 30, tel que modifié oralement, est adopté.*
70. *Le paragraphe 31 est adopté.*
71. **Le Président** suggère d'insérer le mot "préalablement" avant le mot "notifiée" dans la première phrase du paragraphe 32.
72. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit qu'en raison des divergences de vues qui se sont manifestées en son sein, le Groupe de travail n'a pas fait de la version de 1976 du Règlement l'objet principal de ses débats. L'orateur propose donc de supprimer le texte de la dernière phrase à partir des mots "sur la question de savoir si" et de le remplacer par les mots "en ce qui a trait à la question des ordonnances préliminaires".
73. *Le paragraphe 32, tel que modifié oralement, est adopté.*
74. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer les mots "découler de la législation" à la fin de la première phrase du paragraphe 33 par les mots "et qu'il fallait trouver ce pouvoir en dehors de ce Règlement".
75. Au paragraphe 34, il propose de remplacer les mots: "ne renvoyait qu'à la loi applicable" par les mots "ne constituait pas une règle".
76. *Les paragraphes 33 et 34, tels que modifiés oralement, sont adoptés.*
77. *Les paragraphes 35 à 42 sont adoptés.*
78. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer les mots "certains types de" avant le mot "recours", à la deuxième phrase du paragraphe 43.
79. *Le paragraphe 43, tel que modifié oralement, est adopté.*
80. *Le paragraphe 44 est adopté avec un changement rédactionnel mineur.*
81. *Les paragraphes 45 à 55 sont adoptés.*
82. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer le mot "parties" dans le texte anglais, à la fin de la première phrase du paragraphe 56, par le membre de phrase "les parties perdantes qui pourraient chercher à obtenir un réexamen des honoraires pour retarder l'application d'une sentence". Il faudrait remplacer les mots "restauretrait la" avant le mot "confiance" à la troisième phrase par le mot "promouvrait".
83. *Le paragraphe 56, tel que modifié oralement, est adopté.*
84. *Les paragraphes 57 à 59 sont adoptés.*
85. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer, au paragraphe 60, la clause redondante après les premiers deux points de la première phrase, ainsi rédigée dans l'original anglais "With respect to the drafting of draft article 41, paragraph (4), the following proposal was made:"
86. *Le paragraphe 60, tel que modifié oralement, est adopté.*
87. *Le paragraphe 61 est adopté.*
88. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer au paragraphe 62, après les mots "À l'issue de la discussion", le membre de phrase "et particulièrement, étant donné l'ajout convenu au paragraphe 6".
89. *Le paragraphe 62, tel que modifié oralement, est adopté.*
90. *Les paragraphes 63 et 64 sont adoptés.*
91. **M. Mekjian** (Arménie), ayant noté une omission au paragraphe 65, dit qu'il faudrait réinsérer dans le texte anglais les mots "those relating to" du texte initial après: "all parts of the award other than" (toutes les parties de la sentence à l'exception de) à la première phrase.
92. *Le paragraphe 65, tel que modifié oralement, est adopté.*
93. *Les paragraphes 66 à 72 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIII/CRP.2 et Add.1 à 3

94. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), après avoir appelé l'attention sur l'annexe du projet de rapport, qui contient le texte de la version révisée du Règlement d'arbitrage (A/CN.9/XLIII/CRP.2 et Add.1 à 3) de la CNUDCI, dit qu'au paragraphe 2 de l'article premier, la date d'adoption de la version révisée du Règlement n'est toujours pas indiquée. Comme les textes des versions arabe et espagnole ont encore besoin de certains remaniements éditoriaux afin d'être parfaitement alignés sur les versions des autres langues, il propose d'y insérer la date du 15 août 2010, moment auquel toutes les versions seront affichées sur le site Internet de la CNUDCI; cette date sera en conséquence la date effective de l'adoption.

95. **Le Président** estime que le Comité souhaite adopter l'annexe telle qu'elle a été modifiée.

96. *L'annexe du projet de rapport, qui contient le texte de la version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, telle que modifiée oralement, est adoptée.*

97. *Le Comité plénier adopte son rapport.*

98. **Le Président** dit que le Comité plénier a terminé son travail.

99. *M. Moollan (Maurice), Vice-Président de la Commission, assume la présidence.*

100. *La Commission adopte le rapport du Comité plénier.*

A/CN.9/XLIII/CRP.4

101. **Le Président** dit estimer que la Commission souhaite adopter le projet de décision du Comité visant à l'adoption de la version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/XLIII/CRP.4).

102. *Le projet du Comité est adopté, sous réserve qu'on y apporte des remaniements éditoriaux.*

Règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/705)

103. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) dit que le secrétariat a besoin de savoir si la recommandation à préparer au sujet de la version révisée du Règlement [de la CNUDCI] doit être conforme au modèle de la recommandation de 1982.

Le modèle de 1982 est très utilisable, y compris pour les fins des institutions d'arbitrage; cependant, certains de ces organismes peuvent souhaiter être guidés au sujet de l'application du nouveau Règlement. L'oratrice suggère que le secrétariat prépare un projet de recommandation qui comprendrait de telles directives d'application.

104. **M. Lebedev** (Fédération de Russie), appuyé par **M. Möller** (observateur de la Finlande), dit qu'il faudrait que le nouveau Règlement soit mieux connu et qu'une recommandation pour ce faire serait utile. Toutefois, la question de savoir s'il faut qualifier le nouveau Règlement de mise à jour du Règlement de 1976 ou de nouveau Règlement de 2010 se pose toujours.

Travaux futurs de la Commission dans le domaine du règlement des litiges commerciaux

105. **Le Président** appelle l'attention de la Commission sur le paragraphe 299 du rapport de la CNUDCI de 2009 (A/64/17), qui renvoie à sa décision précédente sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui devrait être examinée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement d'arbitrage. Il considère qu'il est inutile de réaffirmer cette décision.

106. **M. Schneider** (observateur de la Suisse) suggère de ne pas restreindre le mandat du Groupe de travail II à cette question. À son avis, ce mandat devrait aussi porter sur d'autres problèmes qui se posent particulièrement dans les arbitrages entre investisseurs et États.

107. **Le Président** dit que l'on a décidé d'accorder la priorité à cette question à la suite d'observations présentées par des États et des organisations non gouvernementales. Il propose de considérer que le mandat demeure un point de départ des travaux du Groupe de travail; par ailleurs, selon lui, on devrait réexaminer au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

108. **M. Schneider** (observateur de la Suisse) est d'accord, étant entendu que le Groupe de travail serait libre de se pencher sur certaines autres questions, comme les règles qui concernent les arbitrages entre les investisseurs et les États en général.

109. **M. Castello** (États-Unis d'Amérique) dit que l'on devrait continuer à mettre particulièrement l'accent sur la transparence, ce qui n'empêcherait pas d'examiner d'autres questions. Le mandat du Groupe de travail doit demeurer inchangé, à condition qu'il puisse être réexaminé par la Commission en 2011 compte tenu des travaux qu'aura réalisés le Groupe en 2010.

110. **M. Monardes** (Chili) dit qu'il serait utile que la Commission explique clairement que la question de priorité n'est qu'un point de départ. À son avis, elle peut s'occuper aussi d'autres problèmes.

111. **M^{me} Dostie** (Canada) dit qu'il n'est pas nécessaire de changer la formulation adoptée en 2009.

112. **M. Jacquet** (France) dit que la transparence est vraiment une priorité et qu'elle pourrait exiger plus de deux sessions du Groupe de travail; la question d'une éventuelle redéfinition du mandat de ce groupe devrait rester en suspens pour le moment. Les questions de l'approche à adopter, de la portée des travaux à faire et de la base sur laquelle on se fondera pour les faire progresser sont urgentes. L'orateur demande si l'on aura recours à un questionnaire.

113. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) dit que l'on a déjà diffusé un questionnaire, et que les 40 réponses déjà reçues seront publiées en août 2010. Il appartiendra au Groupe de travail de définir la transparence puis de faire le point de la question, compte tenu de textes internationaux.

114. **Le Président** dit considérer que la Commission souhaite que le Groupe de travail maintienne l'accent mis en priorité sur la transparence. Il aimerait que ce groupe continue à examiner d'autres problèmes relatifs à la sûreté des relations investisseurs-États, au fur et à mesure qu'ils se posent.

115. *Il en est ainsi décidé.*

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

116. **M^{me} Montineri** (Division du droit commercial international) rappelle qu'en 2008, le secrétariat a publié un rapport sur l'application de la Convention de New York par les États (A/CN.9/656 et Add.1) fondé sur les réponses données par les États parties à un questionnaire qui leur avait été envoyé, par la suite transformées en une base de données spécialisée. Le secrétariat prépare actuellement un autre rapport à ce sujet, qui doit être achevé en 2012.

117. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que ce travail doit aboutir à la préparation par le secrétariat de la CNUCED d'un guide de la Convention qui ira au-delà de la compilation de données et exigera un certain nombre de réunions d'experts. L'on s'attend qu'il soit présenté à la Commission en 2010 ou en 2011 pour qu'elle l'examine.

La séance est levée à 18 heures.

**Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la
CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières
grevant la propriété intellectuelle**

**Compte rendu analytique de la 911^e séance tenue au Siège,
à New York, le lundi 28 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.911]

Président provisoire: M. Sorieul (Secrétaire de la Commission)

Ensuite: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 10 h 10.

Élection du Bureau (suite)

1. **Le Président provisoire** rappelle que M. Ricardo Sandoval (Chili), qui représente le Groupe des États d'Amérique latine, a été élu Président de la Commission, mais qu'il ne sera présent que la semaine prochaine. La Commission a adopté le projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous la présidence du Vice-Président de la Commission représentant le Groupe des États africains. Étant donné qu'il reste des postes à pourvoir au sein du Bureau et que le Vice-Président représentant le Groupe des États africains est absent, il invite les autres groupes régionaux à présenter des candidatures au poste de Vice-Président de la Commission.

2. **M^{me} Smyth** (Australie), au nom du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, désigne M^{me} Kathryn Sabo (Canada) pour le poste de Vice-Président de la Commission.

3. **Le Président provisoire** dit qu'après son élection, le Vice-Président non seulement présidera les activités au cours des trois prochains jours, mais restera membre du Bureau pendant une année entière jusqu'à l'ouverture de la prochaine session de la Commission.

4. **M. Nigam** (Inde), **M. Morán Bovio** (Espagne), **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) et **M. Riffard** (France) appuient la candidature.

5. *M^{me} Sabo (Canada) est élue Vice-Présidente de la Commission par acclamation.*

6. *M^{me} Sabo (Canada) assume la présidence.*

**Finalisation et adoption d'un projet
de supplément au Guide législatif de la CNUDCI
sur les opérations garanties consacré aux sûretés
réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle**
(A/CN.9/689; A/CN.9/700 et Add.1 à 7; A/CN.9/701 et
A/CN.9/702)

7. **La Présidente**, faisant rapport à la Commission sur les travaux du Groupe de travail VI (Sûretés), dit que le texte soumis à la Commission se fonde de manière générale sur la structure et les recommandations du Guide législatif sur les opérations garanties. Pour les trois journées à venir, la tâche consiste à examiner le projet du Groupe de travail et à résoudre toutes les questions pendantes, notamment la règle de conflit, la question du droit applicable et le travail futur dans le domaine des sûretés. Il existe quelques autres problèmes de rédaction mineurs ainsi que le titre du document, qui restent à finaliser.

8. Aux fins de la discussion, les documents pertinents sont les documents A/CN.9/700 et Add.1 à 7, qui contiennent des notes du Secrétariat concernant le projet de supplément; le document A/CN.9/701, qui contient les commentaires des États et des organisations relatifs au projet; les documents A/CN.9/702 et Add.1, qui contiennent des idées pour le travail à venir; le document A/CN.9/689, qui est un rapport de la dernière session du Groupe de travail; et deux documents de séance (A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8).

A/CN.9/700

9. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit qu'avant l'adoption définitive du projet de supplément, la Commission souhaite

peut-être se pencher sur son titre, qui est assez long. La Commission peut aussi souhaiter examiner ces documents à la lumière des commentaires formulés par la Banque mondiale, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Association communautaire du droit des marques (ECTA), comme le prévoit le document A/CN.9/701.

10. En ce qui concerne la préface du projet de supplément, l'OMPI a suggéré que le rôle qu'elle a joué dans l'organisation du colloque de 2007 soit exprimé comme suit au troisième paragraphe: "le secrétariat, avec la coopération de l'OMPI, a organisé un colloque...". Elle a aussi demandé qu'il soit mentionné au dernier paragraphe de la préface qu'elle a assisté à la réunion en qualité d'observateur. Elle suggère dès lors d'insérer après les mots "d'autres organisations du secteur public et du secteur privé" les mots "qui ont assisté à ses réunions en tant qu'observateurs".

11. Lors de l'analyse du document A/CN.9/700, la Commission souhaitera peut-être examiner si les notes qui lui ont été adressées et ont été incluses afin d'aider le Groupe de travail à déterminer les références utiles dans le cadre du travail préparatoire pour sa partie du projet de supplément doivent être conservées ou supprimées. Si elles sont conservées, elles seront complétées de renvois aux documents A/CN.9/700 et Add.1 à 7 et aux paragraphes concernés du rapport de la Commission.

12. En ce qui concerne le paragraphe 13, celui-ci précise qu'un bien grevé est tout droit que le constituant a sur le bien et qu'il a l'intention de grever. La Commission souhaitera peut-être confirmer si cette formulation est exacte ou s'il convient de faire une distinction entre les biens meubles corporels et incorporels.

13. **La Présidente** dit qu'en ce qui concerne le titre du document, le secrétariat a suggéré que les deux segments du titre soient séparés par deux-points, ou que l'on crée une seconde ligne pour le second segment du titre. Étant donné qu'il n'existe pas de déclarations générales concernant le Guide, elle appelle à formuler des commentaires sur le titre suggéré.

14. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) dit qu'elle souscrit à la suggestion du secrétariat.

15. **La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que la suggestion du secrétariat est acceptée.

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **La Présidente** demande si les notes adressées à la Commission doivent être conservées dans la version définitive du texte.

18. **M. Nigam** (Inde) dit que, si ces notes renvoient à des paragraphes dans le corps du Guide législatif, elles doivent également être conservées dans le projet de supplément.

19. **La Présidente** dit qu'il n'y a pas de renvoi à ces notes dans le Guide, mais bien à des versions antérieures du projet de supplément et à des rapports de différentes sessions du Groupe de travail.

20. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit qu'en ce qui concerne les renvois entre d'autres parties du projet de supplément et le Guide, la Commission doit décider s'il faut les inclure, voire les compléter. Par exemple, au paragraphe 4 du document A/CN.9/700, la deuxième phrase renvoie au document A/CN.9/700/Add.1, paragraphes 8 à 21, où il est indiqué que le Guide ne s'intéresse pas aux questions qui touchent à l'existence, à la validité et au contenu des droits de propriété intellectuelle du constituant. Il peut être nécessaire d'ajouter un autre renvoi au document A/CN.9/700/Add.5, paragraphes 8 à 11, où la même question est évoquée.

21. À la fin de la deuxième ligne du paragraphe 1 (A/CN.9/700), il peut aussi être nécessaire d'ajouter les mots "affectée en garantie d'un crédit", parce que l'accroissement de la valeur des droits de propriété intellectuelle a lieu dans le contexte des opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle. Bien que la phrase suivante clarifie ce point, il se pourrait que le texte dans sa formulation actuelle soit trop vague et appelle dès lors une précision.

22. Il note que l'OMPI a suggéré qu'à la fin du paragraphe 32, il ne soit pas fait mention des droits exclusifs des donneurs ou preneurs de licence, étant donné que seuls les propriétaires ont des droits exclusifs. Elle a dès lors proposé soit de supprimer le mot "exclusifs" après le mot "droits" dans la dernière phrase, soit de conserver le mot "exclusifs" et de remplacer le mot "donneur de licence" par "propriétaire", avec l'expression "donneur de licence" entre parenthèses, et d'utiliser ensuite l'expression

“preneur exclusif de licence”, qui aura des droits exclusifs.

23. L'OMPI a également suggéré que les mots “avec l'accord du donneur de licence” soient ajoutés à la fin de l'avant-dernière phrase du paragraphe 41, étant donné qu'un preneur de licence ne peut constituer de sûretés qu'avec l'accord du donneur de licence.

24. En ce qui concerne les opérations garanties portant sur la propriété intellectuelle traitées aux paragraphes 35 à 45, ces opérations peuvent être divisées en deux grandes catégories. La première comprend les opérations dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes sont affectés en garantie d'un crédit. La deuxième catégorie concerne les opérations de financement qui combinent la propriété intellectuelle et d'autres biens meubles, tels que du matériel, des stocks ou des créances. La Banque mondiale a dit que les exemples 1 à 5 présentés aux paragraphes 37 à 43 illustrent ces deux grandes catégories. Les exemples 6 et 7, par contre, concernent des opérations dans lesquelles les biens du titulaire ne relèvent pas de la propriété intellectuelle, mais sont des biens meubles corporels qui sont soumis à une sûreté.

25. Pour répondre à cette remarque, un titre pourrait être inséré avant le paragraphe 43, afin de séparer celui-ci des cinq premiers exemples. La deuxième phrase du paragraphe 43, qui se lit comme suit: “Les exemples 6 et 7 ci-après illustrent ce type d'opérations”, pourrait aussi être modifiée comme suit: “Ce type d'opérations, illustrées par les exemples 6 et 7 ci-dessous, fait intervenir des sûretés grevant des biens meubles corporels”. La phrase suivante clarifiera la remarque faite dans le document A/CN.9/700/Add.2, paragraphes 32 à 36: une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel ne s'étend pas automatiquement à la propriété intellectuelle utilisée en rapport avec ce bien, sauf s'il en est convenu différemment entre les parties.

26. À la fin du paragraphe 44, la phrase suivante pourrait être ajoutée: “La banque F n'a pas de sûreté sur les marques, sauf si celles-ci sont décrites spécifiquement dans la convention constitutive de sûreté comme des biens grevés”. Une phrase analogue pourrait également être ajoutée à la fin du paragraphe 45.

27. **La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que les notes adressées à la Commission seraient supprimées dans la version finale du projet de supplément, mais que les références à d'autres parties du supplément seraient conservées avec les corrections qui s'imposent. Elle croit aussi comprendre que la Commission souhaite modifier la préface pour tenir compte des remarques formulées par l'OMPI dans le document A/CN.9/701.

28. *Il en est ainsi décidé.*

29. **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale des marques) dit que sa délégation souscrit à la remarque formulée par l'OMPI concernant la dernière phrase du paragraphe 32 du document A/CN.9/700 et propose la formulation suivante: “l'expression ‘transfert autre qu'un transfert pur et simple’ peut désigner le transfert de droits d'un donneur à un preneur de licence dans lequel le donneur garde un certain contrôle sur l'usage de la marque”.

30. **La Présidente** suggère que, puisque le paragraphe concerne non seulement les marques mais aussi la propriété intellectuelle en général, la dernière partie de la phrase soit formulée comme suit: “garde un certain contrôle sur l'usage de la propriété intellectuelle”.

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. **La Présidente** appelle les commentaires concernant la suggestion du secrétariat d'ajouter l'expression “avec l'accord du donneur de licence” à la fin de l'avant-dernière phrase du paragraphe 41, en réponse à la remarque formulée par l'OMPI dans le document A/CN.9/701.

33. **M. Nigam** (Inde) dit que, dans l'exemple donné au paragraphe 41, il est nécessaire de préciser ce qui se passe en cas de réalisation de la sûreté: Le créancier garanti sera-t-il en droit de vendre la totalité du logiciel en l'état? Si ce n'est pas le cas, cette sûreté ne produirait pas d'effets à l'égard du créancier garanti. Lorsqu'une sûreté est créée sur une licence obtenue d'un tiers, elle doit être créée en même temps que la sûreté qui greève l'autre logiciel créé par le concepteur, et le logiciel dans sa totalité doit être donné à titre de sûreté. La licence de tierce partie ne peut en elle-même être prise comme sûreté dès lors qu'une fois qu'elle est incorporée dans le logiciel principal,

elle ne peut être vendue sans l'approbation du donneur de licence du logiciel de tierce partie.

34. La même remarque s'applique à l'exemple du paragraphe 44: Le créancier garanti aura-t-il le droit de vendre les jeans de grande marque avec l'étiquette de la partie qui a accordé l'autorisation d'usage de la marque? La question appelle une clarification. En effet, l'usage de la marque pourrait être soumise à certaines conditions, par exemple, la condition selon laquelle les ventes doivent se dérouler à un point de vente particulier pour les marchandises de grandes marques; toute condition de ce type s'appliquera également au créancier garanti s'il souhaite vendre les jeans pour réaliser la sûreté.

35. **La Présidente** dit que la section en cause du projet de supplément est uniquement destinée à donner des exemples de pratiques en matière de financement; les clarifications que suggère le représentant de l'Inde sont données dans le commentaire figurant au chapitre relatif à la réalisation.

36. **M. Nigam** (Inde) dit que, si le produit ne peut être vendu et ne constitue pas une sûreté valable pour le créancier garanti, il ne peut être donné comme sûreté. Si une entreprise possède une composante d'un logiciel d'une tierce partie mais que celle-ci n'a pas donné au créancier garanti l'autorisation de vendre cette composante en cas de défaillance de la société, le logiciel ne constitue plus une sûreté valable pour le prêteur. De même, il est absurde qu'un prêteur accepte des jeans de grande marque comme sûreté s'il ne peut les vendre en cas de défaillance en raison de conditions auxquelles est soumis l'usage de la marque.

37. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) relève une faute de frappe dans la suggestion faite par l'OMPI au sujet du paragraphe 41: il convient de remplacer "paragraphe 57" par "paragraphe 52". Il dit que sa délégation n'a pas d'objection quant au fond de la suggestion; il faut toutefois que tout texte supplémentaire au paragraphe 41 corresponde au paragraphe 52, ce dernier indiquant que l'accord du donneur de licence n'est nécessaire que si l'accord de licence prévoit que les droits d'un preneur de licence ne peuvent être transférés sans l'accord du donneur. Le paragraphe 41 ne peut dès lors pas donner l'impression que l'accord du donneur est toujours requis.

38. **M. Tosato** (Italie) dit qu'il convient avec l'orateur précédent que la formulation du paragraphe 41 doit être cohérente par rapport à celle du paragraphe 52 et qu'il doit indiquer clairement que l'accord du donneur de licence, s'agissant d'utiliser la licence comme garantie, n'est nécessaire que si l'accord de licence le prévoit, conformément au principe général selon lequel tout ce qui n'est pas explicitement interdit est autorisé.

39. S'agissant des remarques du représentant de l'Inde, sa délégation a toujours estimé qu'il était implicite, dans l'exemple exposé au paragraphe 41, que la société qui utilise le logiciel comme garantie a effectivement le droit de retransférer la licence et pourrait dès lors l'utiliser en garantie; le créancier garanti peut donc vendre la licence en cas de défaillance. Sa délégation ne verrait toutefois pas d'objection à réaffirmer le principe contenu dans l'exemple si d'autres jugent que ce serait plus clair.

40. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit que les exemples de pratiques en matière de financement exposés dans le projet de supplément n'entendent pas constituer des exemples complets de la manière dont une sécurité est créée, est rendue opposable aux tiers, acquiert la priorité et est réalisée. Il s'agit plutôt de descriptions de pratiques qui existent déjà et qu'il faut avoir présent à l'esprit lorsque l'on traite les questions de création, d'opposabilité aux tiers, de priorité et de réalisation dans le projet de supplément. Si l'on devait ajouter une mention de la réalisation, on pourrait soutenir qu'il faut aussi ajouter une mention de la priorité.

41. **M. Tosato** (Italie) dit que les craintes exprimées par le représentant de l'Inde en ce qui concerne le paragraphe 41 pourraient être levées en ajoutant à la deuxième phrase une formule indiquant que la société D a le droit, non seulement d'accorder à ses clients une sous-licence pour les composantes du logiciel, mais aussi de revendre la licence. Si ce point n'est pas précisé explicitement dans le texte, on pourrait supposer que la société D n'a pas le droit de revendre et ne pourrait dès lors donner ce droit en sûreté dès lors que personne ne voudrait accepter la licence en garantie sans avoir le droit de revendre cette garantie en cas de défaillance.

42. **M. Nigam** (Inde) dit qu'il appuie la proposition italienne.

43. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance), exprimant son soutien aux remarques formulées par le représentant de l'Inde, dit que les lois de plusieurs pays prévoient que les licences non exclusives ne sont pas transférables sans accord. Il faut dès lors consulter la licence elle-même, mais aussi le droit applicable, pour déterminer si cet accord existe. Bien qu'il appuie la proposition du représentant de l'Italie, il dit qu'une autre solution pourrait consister à ajouter à la dernière phrase du paragraphe une formule pour expliquer pour quelle raison la preuve doit être fournie, par exemple: "afin de déterminer si le preneur de licence peut accorder une sûreté".

44. **La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite modifier le paragraphe 41 pour assurer sa cohérence avec le paragraphe 52, selon la proposition initiale de l'OMPI et avec les modifications proposées par l'American Bar Association. Elle croit aussi comprendre que la Commission souhaite modifier la dernière phrase du paragraphe 41 dans l'esprit de ce qu'a proposé l'observateur de l'International Film and Television Alliance (IFTA). Le secrétariat serait invité à rédiger le texte approprié.

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. **La Présidente**, appelant l'attention sur la remarque formulée par la Banque mondiale dans le document A/CN.9/701, à savoir que les exemples 6 et 7 aux paragraphes 44 et 45 ne relèvent pas des deux grandes catégories mentionnées aux paragraphes 35 et 36, dit que, pour répondre à cette remarque, le secrétariat a proposé que le titre suivant soit inséré avant le paragraphe 43: "Sûretés constituées sur des biens meubles incorporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle". En outre, le secrétariat a proposé que la deuxième phrase du paragraphe 43 soit modifiée comme suit: "ce type d'opérations, illustrées par les exemples 6 et 7 ci-après, implique des sûretés grevant des biens meubles corporels", et que les mots "sauf accord contraire entre les parties" soient ajoutés à la fin de la troisième phrase. Elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter ces propositions.

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) rappelle sa proposition antérieure consistant à ajouter à la fin des paragraphes 44 et 45

une phrase formulée environ comme suit: "La Banque F ne détient pas de sûreté constituée sur les marques si celles-ci ne sont pas explicitement désignées comme biens grevés dans la convention constitutive de sûreté."

49. **M. Alcantara** (observateur de la Commercial Finance Association) dit que la modification proposée du paragraphe 44 le laisse perplexe. En effet, il croit comprendre que les marques visées dans ce paragraphe ne sont pas la propriété du constituant de la sécurité mais bien de tiers. Par conséquent, si la proposition du secrétariat est adoptée, il serait nécessaire d'indiquer que le document qui accorde la sûreté doit mentionner explicitement les marques et que les tiers qui détiennent les marques sont ceux qui accordent la sûreté.

50. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance), exprimant son accord avec les remarques formulées par l'orateur précédent, dit que le paragraphe 44 ne précise pas que la société F, preneur de licence des marques, a le droit d'accorder une sûreté constituée par les marques; ce droit serait normalement réservé au propriétaire des marques, autrement dit, le donneur de licence. Il ne comprend dès lors pas ce qui motive la modification proposée. Le concept important – à savoir qu'un preneur de licence ne peut donner plus à une banque en termes de sûreté que ce qu'elle a déjà reçu d'un donneur de licence – est déjà exprimé à suffisance dans le projet de supplément.

51. **M. Michael** (observateur de l'Association of the Bar of the City of New York) dit que, au lieu d'ajouter la phrase proposée à la fin du paragraphe 44, l'avant-dernière phrase peut être modifiée environ comme suit: "La société F fournit à la banque les accords de licence attestant son droit d'utiliser les marques et d'accorder une sûreté sous forme de marchandises portant les marques ainsi que ses obligations vis-à-vis du propriétaire des marques." Laisser le prêteur garanti examiner l'accord de licence a pour but de lui permettre de vérifier que l'emprunteur a un droit valide non seulement d'utiliser la marque, mais, surtout, de la donner en gage à la banque en tant que partie de la garantie, celle-ci pouvant alors l'utiliser si les biens du preneur de licence sont saisis en réalisation de la garantie.

52. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que la formulation proposée, qui

mentionne le droit d'accorder une sûreté constituée de biens portant la marque, soulève la question de savoir si la sûreté grevant les marchandises est encore effective si la marque est détruite d'une manière ou d'une autre. Pour le créancier garanti, la question la plus importante est le point de savoir s'il a le droit de disposer des marchandises, y compris de la marque qu'elles portent. La formulation pourrait être éventuellement modifiée pour en tenir compte.

53. **M. Umarji** (Inde) dit qu'une formule similaire concernant l'octroi d'une sûreté sur des marchandises de marque devrait être ajoutée au paragraphe 41, qui traite des logiciels sous licence obtenue auprès de tiers.

54. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit que, quelle que soit la formule utilisée, le créancier n'aura pas de sûreté constituée par la marque si le propriétaire ne décrit pas explicitement celle-ci comme un bien grevé dans un accord.

55. **M. Umarji** (Inde) dit que le propriétaire de la marque, en vertu de l'accord de licence conclu avec le fabricant, autorise ce dernier à grever la marque telle qu'elle est utilisée dans les marchandises qui la portent.

56. **M. Cotten** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il n'est pas nécessaire de mentionner toutes les mises en garde du Guide dans chaque exemple. Tant l'Association of the Bar of the City of New York que l'American Bar Association ont proposé des formulations qui visent à préciser que ce n'est pas la marque, mais bien les marchandises qui la portent, qui servent de garantie pour le financement. Il suggère la formule suivante: "La société F fournit à la banque F les accords de licence attestant les droits de la société F de fabriquer et d'écouler des marchandises portant les marques et ses obligations à l'égard du propriétaire des marques." Cela permettra au prêteur de l'exemple de s'assurer que l'emprunteur a le droit d'apposer la marque sur les marchandises offertes en garantie sans être trompeur au sujet de la nature précise des biens grevés.

57. **M. Mittsdoerfer** (Allemagne) dit que cette formulation reste trompeuse, en ce sens qu'elle donne l'impression que la sûreté greve les marchandises, alors que ce qui est important, c'est que la sûreté porte sur la marque.

58. **M. Tosato** (Italie) dit qu'il croit comprendre que les exemples 6 et 7 sont censés concerner des biens meubles corporels. Si des marchandises portent une marque, leur revente par le créancier peut se heurter à des limitations, mais la sûreté porte néanmoins sur les biens meubles corporels, pas sur la marque.

59. **La Présidente** dit qu'il a été convenu d'insérer un titre avant le paragraphe 43 indiquant que les exemples qui suivent concernent les sûretés grevant des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels pour lesquels est utilisée une propriété intellectuelle.

60. **M. Alcantara** (observateur de la Commercial Finance Association) dit que, comme cela a été indiqué, il n'est pas nécessaire d'inclure tous les détails techniques dans chaque exemple.

61. **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale des marques) dit qu'il admet que les exemples ne doivent pas tous contenir tous les détails, mais que, dans l'exemple en cause, il est nécessaire de préciser que la sûreté greve des biens meubles corporels. Le preneur de licence ne peut en aucun cas accorder à un tiers une sûreté grevant la marque, qui demeure la propriété du donneur de licence.

62. **M. Mittsdoerfer** (Allemagne) dit qu'il a simplement voulu souligner que l'exemple met en évidence les problèmes qui pourraient se poser pour écouler des marchandises portant une marque appartenant à un tiers. Il ne voulait pas suggérer de modifier l'exemple.

63. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'objection, elle demandera au secrétariat de revoir la troisième phrase du paragraphe, en s'inspirant du texte suivant: "La société F fournit à la banque F les accords de licence attestant son droit d'utiliser la marque et d'accorder une sûreté grevant les stocks de marque, et les obligations contractées auprès du propriétaire de la marque." Cela répondrait au besoin d'un exemple qui illustre une sûreté grevant des biens meubles corporels lorsqu'un droit de propriété intellectuelle est concerné. Une modification similaire sera apportée au paragraphe 45.

64. Passant au paragraphe 48, elle dit que, s'il n'y a pas d'objections, conformément à la suggestion de l'OMPI, la mention de certaines prérogatives exclusives accordées "aux donneurs ou aux preneurs de licence" sera supprimée, les lois relatives à la

propriété intellectuelle accordant des droits uniquement au propriétaire, pas aux donneurs et aux preneurs de licence.

65. *Le document A/CN.9/700, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/700/Add.1

66. **La Présidente** dit que la Banque mondiale et l'OMPI ont suggéré un certain nombre de changements au document A/CN.9/700/Add.1.

67. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit que l'OMPI a suggéré qu'au paragraphe 11 g) dans la version anglaise, le mot "patent" soit remplacé par le mot "invention". Un nouvel alinéa h) devrait être ajouté, libellé comme suit: "Transférabilité des brevets et droit d'octroyer une licence". La Banque mondiale a suggéré que la phrase suivante soit ajoutée à la fin du paragraphe 17: "Un État qui applique les recommandations du Guide souhaitera peut-être traiter cette question." Il y a également eu une suggestion de correction visant à reformuler l'avant-dernière phrase du paragraphe 20, ce qui sera fait par le secrétariat.

68. *Le document A/CN.9/700/Add.1, tel que modifié oralement, est adopté.*

69. **La Présidente** dit qu'il faut donner mandat au secrétariat pour apporter des modifications de pure forme qui ne touchent pas au fond du texte. Si une question se pose quant au caractère purement formel d'une modification déterminée, elle sera soumise au Comité.

A/CN.9/700/Add.2

70. **La Présidente** dit qu'un certain nombre de modifications mineures du document A/CN.9/700/Add.2 ont été proposées.

71. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit qu'il y a eu un changement de pure forme au paragraphe 32 qui sera appliqué par le secrétariat. Il y a aussi une remarque plus substantielle en ce qui concerne ce même paragraphe, qui est le point de savoir s'il est approprié d'inclure l'exemple d'une voiture qui peut contenir une puce électronique qui renferme une copie d'un logiciel protégé par le droit d'auteur.

72. **M. Morán Bovio** (Espagne) dit que le texte peut être maintenu, mais insiste sur le fait que ce qui est important dans l'exemple est la puce, qui est unique, plutôt que la voiture, qui est la somme de divers intrants relevant de la propriété intellectuelle et industrielle.

73. **M. Tosato** (Italie) admet que l'exemple de la voiture peut être de nature à induire en erreur et qu'il vaudrait mieux le remplacer par "droits attachés aux dessins ou modèles sous la forme d'une voiture". Il suggère également qu'à la fin du paragraphe, le terme "produit" soit remplacé par "composant".

74. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) dit que la voiture peut être conservée parce qu'il s'agit du seul exemple qui concerne la fabrication.

75. **M. Hallock** (États-Unis d'Amérique) suggère que l'accent mis sur la puce peut être mis en évidence tout en conservant l'exemple de la voiture, en remplaçant le terme "voiture" par l'expression "voiture ou autre dispositif".

76. *Le document A/CN.9/700/Add.2, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/700/Add.3

77. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) appelle l'attention de la Commission sur les remarques de la Banque mondiale et de l'OMPI (A/CN.9/701).

78. La Banque mondiale propose une modification de la quatrième phrase du paragraphe 9, de manière à mentionner une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle. Au paragraphe 29, la mention que les informations à inscrire dans un registre général des sûretés sont plus limitées que dans un registre de la propriété intellectuelle est à la fois un avantage et un inconvénient constitue un doublon et doit être évitée.

79. L'OMPI estime que la mention de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (1891) et du Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid (1989) devrait être déplacée du paragraphe 13 au paragraphe 14, qui mentionne des traités relativement modernes ou d'autres textes législatifs internationaux qui visent à simplifier le processus d'inscription.

80. **La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter les modifications proposées par la Banque mondiale et l'OMPI.

81. *Il en est ainsi décidé.*

82. *Le document A/CN.9/700/Add.3, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/700/Add.4

83. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit que les paragraphes 5 et 6 citent deux manières potentiellement incompatibles de traiter la question de l'importance de la connaissance de transferts antérieurs en termes de priorité. Dans la compilation des commentaires (A/CN.9/701), la Banque mondiale a proposé qu'une formule soit ajoutée au paragraphe 6 indiquant que les États peuvent envisager d'harmoniser à cet égard leur droit des opérations garanties et leur droit relatif à la propriété intellectuelle.

84. En ce qui concerne les accords de licence d'utilisateur final mentionnés au paragraphe 23, la Banque mondiale suggère qu'ils soient considérés comme des équivalents fonctionnels de ventes de marchandises, tout en reconnaissant que cela peut prêter à controverse.

85. Au paragraphe 35, l'OMPI suggère que le point de savoir si un preneur de sous-licence est dûment autorisé et l'absence de protection au titre de la recommandation 245 de l'utilisation de la propriété intellectuelle par un preneur de sous-licence relèvent du droit des contrats.

86. Enfin, en ce qui concerne la recommandation 245, le secrétariat se demande s'il convient de mentionner explicitement les sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles.

87. **La Présidente** appelle les commentaires sur la suggestion de la Banque mondiale au sujet du paragraphe 6, à savoir que les États peuvent envisager de modifier leur loi relative à la propriété intellectuelle de manière à l'aligner sur la loi recommandée dans le Guide.

88. **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale des marques) dit que l'Association internationale des marques soutient l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale, mais qu'inclure la suggestion de la Banque mondiale

d'examiner le droit de la propriété intellectuelle dépasse le champ d'application du document et ne doit pas être accepté.

89. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) est d'accord pour dire qu'il ne serait pas approprié d'opérer une telle modification sans tenir pleinement compte de tous les paramètres.

90. **M. Riffard** (France) dit que sa délégation est favorable à la proposition quant au fond de celle-ci, en ce qu'elle augmenterait l'utilité du projet de supplément. Étant donné toutefois que la Commission a déjà pris une décision au sujet de la recommandation 4 b) et qu'accepter la suggestion de la Banque mondiale reviendrait à rouvrir la discussion sur ce sujet, sa délégation n'est pas favorable à son acceptation.

91. **M. Umarji** (Inde) note qu'ailleurs dans le projet de supplément, les États sont invités à envisager l'harmonisation de leur droit de la propriété intellectuelle et des opérations garanties. Compte tenu de cela, il ne voit pas de difficultés à accepter la suggestion.

92. **La Présidente**, notant l'absence d'accord, dit qu'au stade atteint dans l'examen de ces questions, il est préférable de ne pas accepter la suggestion de la Banque mondiale.

93. *Il en est ainsi décidé.*

94. **M. Du Jun** (Chine) dit que le paragraphe 5 indique que l'inscription antérieure crée la priorité, qu'il y ait ou non connaissance d'une sûreté antérieure, ce qui correspond à la pratique commerciale normale. Il se demande si le paragraphe 6, en exigeant la connaissance antérieure, impose une condition supplémentaire, portant ainsi atteinte à l'efficacité du système d'inscription. En tout état de cause, il apparaît qu'il existe une incohérence entre les deux paragraphes.

95. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit que le Groupe de travail a cru comprendre qu'il existait une incohérence potentielle entre les règles de priorité fondées sur la connaissance dans le cadre du droit des opérations garanties, d'une part, et dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle, d'autre part, et que les règles fondées sur la connaissance pourraient porter atteinte à l'efficacité de l'inscription. Le Groupe de travail a

toutefois conclu que, si une telle règle au titre du droit de la propriété intellectuelle s'applique de façon spécifique à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle, la priorité fondée sur la connaissance sera préservée dès lors que la recommandation 4 b) prévoit la primauté du droit de la propriété intellectuelle. La suggestion de la Banque mondiale a été faite en tenant compte du fait que les États peuvent souhaiter harmoniser le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle afin d'éviter ce type d'incohérence.

96. **La Présidente** invite la Commission à examiner la proposition de la Banque mondiale par rapport au paragraphe 23.

97. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) convient avec la Banque mondiale que sa suggestion relative au paragraphe 23 est controversée, raison pour laquelle sa délégation ne peut l'appuyer.

98. **La Présidente** dit qu'elle croit comprendre que la Commission ne souhaite pas accepter la proposition de la Banque mondiale relative au paragraphe 23.

99. *Il en est ainsi décidé.*

100. **La Présidente** invite la Commission à examiner la suggestion faite par l'OMPI concernant le paragraphe 35.

101. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que le problème est en réalité une question de droit de la propriété intellectuelle et non de droit des contrats. En vertu du droit des contrats, si un preneur de licence est tenu par contrat de ne pas conclure d'accords de sous-licence mais qu'il le fait, il peut enfreindre les conditions de sa licence principale. Dans ce cas de figure, en droit des contrats, la sous-licence peut encore exister. En revanche, en droit de la propriété intellectuelle, une sous-licence non autorisée ne peut naître. Par conséquent, le texte ne doit pas être modifié pour faire référence au droit des contrats ou au droit des obligations.

102. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) dit que le terme "autorisé" peut être interprété différemment en droit des obligations et en droit de la propriété intellectuelle et qu'il vaut donc mieux l'éviter. Il demande une explication des mots entre parenthèses à la fin du paragraphe 35, étant donné que leur nécessité ne saute pas aux yeux.

103. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) reconnaît que l'affirmation entre parenthèses est une affirmation superflue concernant le droit des contrats et qu'il vaut mieux la supprimer.

104. **La Présidente** invite la Commission à examiner si la mention du droit relatif à la propriété dans la dernière phrase du paragraphe 35 doit être conservée.

105. **M. Umarji** (Inde) dit que, dans les circonstances décrites dans le paragraphe, qui concernent l'octroi d'une licence dans un but précis, le droit relatif à la propriété intellectuelle régit l'octroi d'une licence. Si un preneur de sous-licence utilise la licence à une autre fin non autorisée, le droit relatif à la propriété intellectuelle reste pertinent. Par conséquent, la formulation actuelle doit être conservée.

106. **M. Du Jun** (Chine) dit que, si le droit applicable est celui de la propriété intellectuelle, la formule doit être conservée afin que chaque pays puisse l'utiliser dans sa législation nationale comme fondement juridique des mesures prises. Sa délégation ne considère pas que la formule entre parenthèses au paragraphe 35 soit en contradiction avec le reste de ce paragraphe et estime qu'elle peut être conservée.

107. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit que, si la Commission souhaite conserver la formule entre parenthèses et donner ainsi un avis complémentaire sur les obligations contractuelles, cet avis doit être complet et précis. Si, dans de nombreux systèmes juridiques, la défaillance d'une des parties excuse l'autre, ce n'est pas le cas dans les systèmes où les deux parties à un contrat sont indépendantes l'une de l'autre, de sorte que la défaillance d'une licence, par exemple, ne dispense pas l'autre partie de son exécution, mais entraînerait une rupture de contrat. Parmi ces deux règles, celle qui s'applique dépend des circonstances dans de nombreux systèmes juridiques. Par conséquent, laisser entendre qu'il n'existe qu'une seule règle est une simplification outrancière et inexacte. Sa délégation considère que la formule utilisée s'écarte de l'argument principal du paragraphe mais, si elle est maintenue, il convient de l'étendre et d'en donner une version plus complète.

108. **M. Tosato** (Italie) dit que sa délégation partage l'avis du représentant des États-Unis. L'argument développé dans le paragraphe est on ne peut plus clair, et rien n'est perdu si l'on supprime la formule entre parenthèses. Si elle est conservée, il faudrait la rendre plus complète et plus précise, et elle détournerait alors

l'attention de l'objet principal du paragraphe. Il vaut mieux la supprimer.

109. **La Présidente** dit que, compte tenu des avis exprimés par les membres, elle croit comprendre que la Commission souhaite supprimer la formule entre parenthèses.

110. *Il en est ainsi décidé.*

111. **La Présidente** rappelle à la Commission que la question s'est posée de savoir s'il serait approprié d'inclure dans la recommandation 245 la mention d'une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle.

112. **M. Umarji** (Inde) dit que cette mention doit être ajoutée pour clarifier les choses.

La séance est levée à 13 h 5.

Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)

Compte rendu analytique de la 912^e séance tenue au Siège, à New York, le lundi 28 juin 2010, à 15 heures

[A/CN.9/SR.912]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 15 h 10.

Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)
(A/CN.9/700/Add 4 à 6; A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8)

A/CN.9/700/Add.4 (suite)

1. **La Présidente** rappelle que, lors de la séance précédente, il a été proposé d'intégrer au projet de recommandation 245 une référence précise aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. Mais, vu la mention des droits d'un créancier garanti conformément au droit relatif aux opérations garanties, il ne semble pas nécessaire d'insérer la référence en question à ce projet de recommandation.

2. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) déclare que le fait qu'il soit stipulé, dans le projet de recommandation 245, que la règle contenue à l'alinéa c) de la recommandation 81 s'applique aux droits d'un créancier garanti et n'a pas d'incidence sur les droits dont peut jouir le créancier garanti selon le droit contenant des dispositions relatives à la propriété intellectuelle implique l'existence de deux types de droits bien distincts, aux termes de la loi sur les droits garantis, d'une part, et de la loi relative à la propriété intellectuelle, d'autre part. Or, cela n'est pas le reflet exact des pratiques en cours, puisque, en cas de différend, il n'y a qu'une seule loi applicable.

3. **La Présidente** déclare que l'observation formulée par le représentant de Singapour rappelle opportunément que le *Guide* va être consulté par des parties intéressées n'ayant pas participé à l'élaboration de ce document. Il importe de noter que, sur un plan

conceptuel, on peut considérer que chacune des deux lois en question a ses propres effets.

4. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) déclare que l'on a considéré que l'alinéa c) de la recommandation 81 – qui évoque le fait que les droits des preneurs de licence ne soient pas affectés par les garanties requises par la propriété intellectuelle liée à la licence en question – bafouait les droits garantis par le droit de propriété intellectuelle. Dans les cas où le donneur de licence est également une partie garantie par l'obtention d'une sûreté, le donneur de licence peut s'appuyer sur deux types de droits – à savoir les sûretés en tant que créancier et les droits de propriété intellectuelle en tant que donneur de licence.

5. Le projet de recommandation 245 vise à préciser clairement que, même si l'alinéa c) de la recommandation 81 garantit au preneur de licence une protection face au détenteur d'une sûreté, il n'entre pas dans le champ d'action du *Guide* de s'attaquer aux droits dont jouit tout preneur de licence aux termes du droit de la propriété intellectuelle. Par conséquent, la recommandation 245 fixe des limites à l'alinéa c) de la recommandation 81. Si l'on prend en considération ces deux recommandations à la fois, on doit constater que les droits relatifs aux opérations garanties n'ont aucune incidence sur les droits de propriété intellectuelle.

6. **La Présidente** fait observer que la distinction entre opération garantie et garantie des droits de propriété intellectuelle est développée et expliquée tout au long du *Guide*.

7. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) demande si, étant donné que le projet de recommandation 245 doit en principe aboutir à un texte de loi, on doit interpréter ce texte comme établissant que toute loi appliquant les dispositions de la recommandation en question doit

être considérée comme une exception vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle.

8. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) déclare que tout dépend de la rédaction de la future loi. L'application de l'alinéa c) de la recommandation 81 pourrait être si littérale qu'elle ne limiterait nullement les droits de propriété intellectuelle.

9. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) déclare que, dans les faits, les droits d'un créancier garanti selon le droit relatif à la propriété intellectuelle ne seront pas affectés par l'alinéa c) de la recommandation 81.

10. *Le document A/CN.9/700/Add.4, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/700/Add.5

11. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) déclare que, à la deuxième ligne de la note à l'intention de la Commission qui suit le paragraphe 47, la mention "les paragraphes 45 à 48" devrait être remplacée par "les paragraphes 44 à 47". Le texte de substitution proposé reconnaîtrait qu'un donneur de licence de propriété intellectuelle devant être inscrite sur un registre spécialisé pourrait être prioritaire par rapport au preneur de licence et bénéficierait ainsi du statut de créancier garanti par acquisition, de par la nature même de l'opération et de la propriété intellectuelle concernées.

12. Le texte révisé stipule que, lorsqu'une partie inscrit un transfert ou l'octroi d'une licence, elle peut en même temps inscrire une sûreté sur la propriété intellectuelle pour garantir toute obligation de paiement en suspens; le créancier garanti d'un bénéficiaire de transfert ou de licence ne pourrait s'enregistrer qu'en second, et, par conséquent, sa sûreté serait subordonnée à celle de l'opérateur du transfert ou du donneur de licence.

13. **M. Macdonald** (Canada) déclare que l'une des principales préoccupations du *Guide* est de situer tous les financiers d'acquisitions sur un même plan relatif, et de permettre aux dirigeants finançant une acquisition d'obtenir, dans ce domaine, une sûreté du même ordre que celle d'un vendeur. Dans le texte de remplacement proposé, le donneur de licence bénéficierait de l'équivalent d'une sûreté par acquisition du fait même du fonctionnement du registre – si bien que le donneur de licence aurait toujours un droit supérieur à celui

d'un financier général. Mais, en l'occurrence, la question de la situation d'un financier prêteur ne bénéficiant pas de la priorité accordée au donneur de licence n'est pas abordée dans ce texte.

14. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) déclare que le nouveau texte proposé vise à ce que vendeurs et prêteurs obtiennent de la même manière une sûreté par acquisition: la formulation de la note à l'intention de la Commission – à savoir "A effectue un transfert ou octroie une licence en faveur de B à crédit; A inscrit une sûreté sur la propriété intellectuelle pour garantir toute obligation de paiement du prix restant" – ne signifie pas qu'un prêteur finançant l'acquisition d'une licence ou d'un autre avoir par B ne bénéficie pas de la position prioritaire du financier d'une acquisition à proprement parler. En fait, le point essentiel, tel qu'il est défini dans la dernière phrase de cette note, est que l'application des principes d'une sûreté grevant une propriété intellectuelle en garantie du financement de son acquisition n'est nécessaire que dans les cas où une sûreté sur la propriété intellectuelle est soumise à inscription au registre général des sûretés recommandé par le *Guide*.

15. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) déclare que la note à l'intention de la Commission est fondée sur l'idée que, puisque le financier d'une acquisition bénéficie déjà de la priorité, il serait superflu d'y ajouter une règle de "super-priorité". Toutefois, cette note présuppose l'existence d'un registre spécialisé qui, du fait même de la spécificité de son objet, ne nécessite pas de préenregistrement – même s'il existe dans le monde divers types de registres spécialisés auxquels cette règle ne s'applique pas; dès lors, le point de vue formulé dans la note ne peut s'appliquer qu'à un sous-ensemble de registres, et la règle de "super-priorité" n'est peut-être pas superflue dans tous les cas.

16. Le Groupe de travail a veillé très scrupuleusement à ne pas préciser le fonctionnement des divers types de registres spécialisés étant donné qu'il y a effectivement des différences entre eux; et, en particulier vis-à-vis de l'alinéa b) de la recommandation 4, le Groupe de travail a veillé à ne pas faire d'hypothèses sur le fonctionnement de tel ou tel registre spécialisé dans la propriété intellectuelle. Étant donné que la Commission n'a pas été en mesure d'anticiper l'évolution des registres spécialisés, la

délégation des États-Unis ne souhaite pas que l'on supprime la règle relative au financement d'une acquisition simplement parce que cette disposition ne s'impose plus dans le contexte actuel. Par conséquent, les paragraphes originaux devraient être maintenus.

17. **La Présidente** déclare considérer que la Commission souhaite le maintien en l'état des paragraphes 44 à 47 et le rejet du texte proposé en remplacement.

18. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) déclare que la question est de savoir si le texte actuel – et notamment la deuxième phrase du paragraphe 44 – reflète correctement la situation. La délégation des États-Unis a fait observer que le texte proposé en remplacement reposait sur une hypothèse qui pourrait se révéler infondée dans certains cas; or, on peut en dire autant du texte original. La solution consisterait, peut-être, non pas à remplacer totalement les paragraphes 44 à 47, mais plutôt à les modifier – en particulier la deuxième phrase du paragraphe 44 –, afin de garantir que l'approche envisagée dans le *Guide* ne fasse pas obstacle au financement par acquisition dans les cas où un registre spécialisé permettrait un préenregistrement.

19. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) déclare que la définition, pour les besoins du *Guide*, d'un ensemble de règles applicables au financement par acquisition et semblables à celles qui s'appliquent à d'autres avoirs hypothéqués a été une tâche très difficile, vu la complexité de la question. Il n'est pas certain que la procédure proposée par le texte de remplacement fonctionnerait, et il serait risqué de revoir totalement la question. De toute manière, aucun élément du *Guide* ne portera atteinte au droit relatif à la propriété intellectuelle ou au fonctionnement des registres spécialisés.

20. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) approuve cette invitation à la prudence. Le texte original énonce les raisons motivant l'adoption de dispositions sur les droits de financement d'acquisitions, en regard des questions de propriété intellectuelle. Le paragraphe 43 établit que les règles de financement d'acquisitions définies dans le *Guide* ne se substituent pas aux règles de priorité liées aux registres spécialisés. L'une des raisons pour lesquelles un nouveau texte a été proposé est l'existence de systèmes spécialisés d'enregistrement de la propriété intellectuelle qui font que les règles de priorité

permettent un droit de financement d'acquisition. Le nouveau texte vise à l'application d'un dispositif similaire dans les cas où seul un enregistrement fondé sur une sûreté générale est possible. Les auteurs de ce texte modifié ne se réfèrent nullement au fonctionnement de l'ensemble des registres et n'ont nullement l'intention de limiter le développement de ces derniers.

21. **La Présidente** déclare considérer que la Commission souhaite adopter le texte existant.

22. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit qu'il souhaite confirmer que la Commission souhaite conserver le fond du paragraphe 44, car elle considère que l'approche adoptée dans le *Guide* pourrait entraver le financement d'acquisitions dans la mesure où le *Guide* n'accorde pas la priorité au financement d'acquisitions eu égard aux sûretés inscrites dans un registre de propriété intellectuelle; la Commission considère également qu'en conséquence, les États pourraient souhaiter élargir le régime de priorité spéciale appliqué aux sûretés garantissant les acquisitions aux sûretés inscrites dans un registre de propriété intellectuelle. De l'avis de M. Bazinas, le paragraphe en question n'est pas exact, dans la mesure où il repose sur des hypothèses pouvant être elles-mêmes inappropriées.

23. **La Présidente** déclare que la Commission suspend l'examen du document A/CN.9/700/Add.5 dans l'attente de consultations informelles.

A/CN.9/700/Add.6, chapitres XI et XII

24. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) renvoie la Commission au rapport du Groupe de travail V sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/691, par. 96), qui a proposé l'ajout suivant au paragraphe 64 du document A/CN.9/700/Add.6 – lequel porte sur les clauses dont la résiliation est automatique, accélérant ainsi l'entrée en vigueur d'un contrat:

“Le commentaire du Guide sur l'insolvabilité explique les avantages et les inconvénients attribués à de telles clauses, les types de contrat qu'il conviendrait d'exclure et les tensions inévitables entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice – ce qui peut exiger de préserver les contrats – et l'introduction de dispositions qui annulent les clauses

contractuelles. L'application possible de ces dispositions à la propriété intellectuelle est traitée au paragraphe 115 du chapitre II, dans la deuxième partie du Guide sur l'insolvabilité."

25. **La Présidente** déclare considérer que la Commission souhaite adopter la modification présentée.

26. *Il en est ainsi décidé.*

27. *Les chapitres XI et XII du document A/CN.9/700/Add.6, tels que modifiés oralement, sont adoptés.*

La séance est suspendue à 16 heures; elle est reprise à 16 h 35.

A/CN.9/700/Add.5 (suite)

28. **La Présidente** invite la Commission à apporter de nouveaux commentaires au sujet des paragraphes 44 à 47 du document A/CN.9/700/Add.5 et de la note à l'intention de la Commission, qui suit le paragraphe 47.

29. **M. Macdonald** (Canada) déclare que la formulation actuelle des paragraphes 44 à 47 n'est pas toujours très claire en ce qui concerne les questions majeures. La première de ces questions est le fait que le régime de financement des acquisitions établi par le *Guide* s'inspire du registre général des sûretés réelles. Cela ne permet pas de prendre en compte l'existence de registres spécialisés – notamment les registres relatifs à la propriété intellectuelle – ou encore le régime de priorité établi par ces registres spécialisés. Comme il est dit clairement à l'alinéa b) de la recommandation 4, le *Guide* n'a pas pour but de définir le fonctionnement des registres individuels de propriété intellectuelle, quels qu'ils soient, ou les priorités liées à ces registres.

30. La deuxième question importante est le fait que, dans un État disposant d'un registre de propriété intellectuelle autorisant l'enregistrement pour se garantir à l'égard de futurs avoirs, mais n'ayant pas établi de règles spécialisées de financement d'une acquisition, l'application de la règle du "premier enregistré" par défaut a pour effet de placer le financier de l'acquisition en position inférieure dans la liste des priorités. C'est précisément cette situation que les paragraphes 44 à 47 du projet de supplément visent à expliquer. La nouvelle formulation proposée dans le

cadre de la "note à l'intention de la Commission" précise utilement qu'en l'occurrence, les droits de l'acquéreur ne pourront être enregistrés qu'après ceux du vendeur.

31. Les paragraphes 44 à 47 du projet de supplément visent à illustrer la recommandation du *Guide* aux États d'envisager la mise en place d'un système de financement d'acquisitions, et à souligner la différence de logique des registres généraux de sûretés et des registres spécialisés de propriété intellectuelle – notamment en ce qui concerne l'échelle de priorité des droits.

32. **La Présidente** déclare que la Commission semble considérer que la note à son intention qui suit le paragraphe 47 du document A/CN.9/700/Add.5 soulève une question qui devrait être traitée dans le projet de supplément, et que le nouveau texte proposé par cette note ne devrait pas remplacer les paragraphes 44 à 47, mais devrait plutôt y être ajoutée. La Présidente croit comprendre que la Commission souhaite maintenir en l'état les paragraphes 44 à 47 du document A/CN.9/700/Add.5, et confier au secrétariat l'ajout de la note au texte existant, en assurant au passage les modifications rédactionnelles nécessaires.

33. *Il en est ainsi décidé.*

34. *Le document A/CN.9/700/Add.5, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/700/Add.6, chapitre X

35. **La Présidente** déclare que toute décision au sujet de la formulation du projet de recommandation 248 (figurant dans la section B du chapitre X, qui concerne la loi applicable à la constitution et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle) est rendue complexe par le fait que les responsables des opérations garanties et ceux protégeant la propriété intellectuelle ont des points de vue différents. Conscient de ces divergences, le Groupe de travail a conçu les variantes A à D dans le document A/CN.9/700/Add.6, tandis que les membres et observateurs proposaient des options supplémentaires dans les documents A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8. La Commission pourrait procéder à l'examen de toutes ces options, et, en fonction de son choix, dire s'il convient de modifier le commentaire qui y est lié.

36. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) rappelle que la question de la loi applicable aux affaires contractuelles a été traitée avec succès dans la recommandation 216 du *Guide* et aux paragraphes 53 et 54 du document A/CN.9/700/Add.6. Il en va de même de la loi applicable aux questions de propriété intellectuelle en elles-mêmes, sachant que le Groupe de travail – qui a étudié les interactions entre la loi sur les opérations garanties et la législation sur la propriété intellectuelle – a établi que le *Guide* ne devrait nullement se préoccuper du droit relatif à la propriété intellectuelle. Cette approche est semblable à celle adoptée par la Commission vis-à-vis des lois applicables à tous les autres types d’avoirs – notamment les biens incorporels.

37. Dans le document A/CN.9/700/Add.6, la variante A est fondée sur un consensus des praticiens du domaine de la protection de la propriété intellectuelle, selon lequel celle-ci doit relever de l’action nationale. Dès lors, la loi applicable à la détention d’une propriété intellectuelle doit être celle de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée; par extension, la même règle s’applique aux sûretés liées à la propriété intellectuelle, y compris dans les cas où les droits de propriété d’un bénéficiaire de transfert sont en jeu.

38. Cependant, le Groupe de travail a noté que, en ce qui concernait les opérations impliquant de multiples garanties de propriété intellectuelle servant d’éléments collatéraux à un crédit, l’application de la règle de l’État protecteur entraînerait, pour les parties concernées, un certain nombre d’exigences à respecter – relatives aux questions de constitution, d’opposabilité, de priorité et de mise en œuvre par plusieurs juridictions. Tout cela accentuerait la complexité des opérations et serait contraire à l’objectif général du *Guide*, qui est de faciliter l’accès, à moindre coût, à des crédits garantis.

39. L’objectif du Groupe de travail sur l’insolvabilité est de parvenir à un compromis entre l’application de la loi de l’État de protection et l’application de la législation en vigueur au lieu de situation du constituant. Cette seconde règle est la règle générale que le *Guide* applique aux biens incorporels. La variante B vise à établir une exception à la règle générale qui stipule que la loi applicable doit être celle du lieu de situation du constituant. L’exception recherchée consiste à considérer que le principe d’opposabilité et la priorité d’une sûreté réelle par

rapport à celle d’un bénéficiaire de transfert ou d’un preneur de licence doivent être soumis en principe à la législation de l’État de protection.

40. La variante C établit une distinction entre une propriété intellectuelle pouvant être inscrite dans un registre spécialisé et une propriété intellectuelle qui ne peut pas l’être. Dans le premier cas, la règle générale est l’application de la loi de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, tandis que la réalisation d’une sûreté réelle mobilière concernant la propriété intellectuelle en question doit relever de la législation de l’État du constituant ou “État de situation” – étant bien entendu que l’application de la loi, qui englobe plusieurs actes juridiques, doit relever d’un seul État. Dans le second cas (la propriété intellectuelle ne peut pas être inscrite dans un registre spécialisé), la constitution et la réalisation d’une sûreté réelle mobilière relèvent de la législation applicable au lieu de situation du constituant, tandis que le principe d’opposabilité et la priorité d’une sûreté réelle mobilière liée à la propriété intellectuelle en question doivent relever de la législation de l’État de protection. La Commission pourra être intéressée par les arguments avancés aux paragraphes 25 et 26 du document A/CN.9/700/Add.6, et exposant respectivement les avantages et les inconvénients de la variante C.

41. La variante D accorde une autonomie limitée aux parties concernées pour la constitution et la réalisation d’une sûreté réelle mobilière. Si la loi applicable en l’occurrence est celle de l’État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, les parties peuvent convenir d’appliquer la loi du lieu de situation du constituant – et réciproquement. Les commentaires qui y sont associés – notamment aux paragraphes 30, 46 et 52 du document A/CN.9/700/Add.6 – mettent en lumière les problèmes liés à cette approche. La loi applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière par rapport aux garanties d’un bénéficiaire de transfert, d’un preneur de licence ou d’un autre créancier garanti est alors celle de l’État de protection de la propriété intellectuelle en question, tandis que la législation applicable à l’opposabilité et à la priorité d’une sûreté réelle mobilière liée à la propriété intellectuelle en question par rapport aux garanties que peuvent revendiquer tous les autres concurrents/plaignants sera celle du lieu de situation du constituant.

42. La note à l'intention de la Commission qui fait suite à l'exposé de la variante D vise à aider au choix de telle ou telle option, en prenant en considération le fait que les approches "hybrides" (B à D) ne s'excluent pas mutuellement. M. Bazinas attire l'attention sur l'avant-dernier paragraphe de cette note, qui dit que, si l'État du for dont la loi est applicable ne reconnaît pas la cession d'un droit d'auteur effectuée sous l'empire d'une loi étrangère, cette cession peut néanmoins être "sauvée" en étant considérée, par exemple, comme une "licence exclusive" (titre que l'État du for reconnaît); c'est ce que l'on appelle, dans les cas de législations contradictoires, la "règle d'adaptation". M. Bazinas attire également l'attention sur le dernier paragraphe de la note, qui indique que la Commission pourra aussi vouloir tenir compte des travaux d'autres organisations. Cependant, l'exemple concret qui est donné dans ce dernier paragraphe – à savoir les travaux de l'European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property – présente trois grandes différences par rapport aux activités de la Commission. Premièrement, l'instrument sur lequel travaille le Groupe Max-Planck a une portée plus large que celle du *Guide*, dans la mesure où il concerne la loi applicable à l'ensemble des questions de garantie de la propriété intellectuelle. En deuxième lieu, le texte du Groupe Max-Planck ne se réfère pas précisément à la constitution, à l'opposabilité, aux questions de priorité et de mise en œuvre des sûretés réelles: au contraire, ce texte a recours à des formulations plus générales et plus neutres, pouvant concerner des situations différentes, qui peuvent relever de différentes législations et qui, d'une manière générale, évitent d'aborder des problèmes très spécifiques. Troisièmement, le Groupe Max-Planck n'aborde pas la question de la loi applicable à la propriété intellectuelle en cas d'insolvabilité du constituant, du fait que ce type de cas est déjà couvert par la législation de l'Union européenne.

43. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) déclare que la proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, de la Commercial Finance Association et de l'American Bar Association – proposition figurant dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 – s'inspire des deux principes directeurs du projet de supplément au *Guide*, à savoir le fait de satisfaire, en termes de politique, aux intérêts de la propriété intellectuelle et des opérations garanties. En

ce qui concerne la propriété intellectuelle, la préoccupation première est de protéger les droits des détenteurs de la propriété en question. Et, en ce qui concerne les opérations garanties, la préoccupation majeure est de mettre en place des mécanismes assurant un financement transparent, efficace, peu coûteux et garanti. Dans de nombreux cas, cette proposition renvoie à la règle générale énoncée dans le *Guide* – à savoir l'application aux biens incorporels de la loi de l'État de situation du constituant, en considérant que cette approche est importante pour atteindre les objectifs de politique publique relatifs aux opérations garanties, mais qu'elle n'a que peu d'impact – voire aucun impact – sur la protection des droits de propriété intellectuelle.

44. L'une des inspirations majeures des variantes présentées dans cette proposition, sous les rubriques E et F, a été les travaux de l'European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property et du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé – ces deux instances s'intéressant tout particulièrement aux questions d'opposition des lois et de droit international privé, mais non pas, de manière directe, aux questions de garantie des opérations ou de propriété intellectuelle.

45. Les variantes E et F indiquent que, pour les questions d'intérêts liés à la propriété intellectuelle, c'est la loi de l'État de protection ("*lex protectionis*") qui devrait s'appliquer. Mais, s'il s'agit essentiellement de transactions garanties, sans référence aux intérêts liés à la propriété intellectuelle, c'est la loi du lieu de situation du constituant qui devrait s'appliquer. Dès lors, les questions de constitution d'une sûreté réelle mobilière relèvent de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée. Quant aux questions d'un éventuel avis préalable adressé au constituant, de contenu de l'avis en question et des délais d'envoi, ou encore les questions de signature éventuelle d'un accord sur la sécurité réelle et de descriptif d'avares grevés, elles relèvent de la législation du lieu de situation du constituant.

46. Les questions d'enregistrement et de transférabilité liées à la vente d'avares hypothéqués (c'est-à-dire, en l'occurrence, des propriétés intellectuelles) relèvent de la législation de l'État de protection. Cette législation est également applicable au principe d'opposabilité et aux questions de priorité, à condition que la propriété intellectuelle en question

ait pu être inscrite dans un registre spécialisé. Dans le cas contraire, en cas de conflit entre deux créanciers garantis ou entre un créancier garanti et le syndic gérant l'insolvabilité, c'est la loi du lieu de situation du constituant qui doit s'appliquer.

47. **M. Deschamps** (Canada), présentant le texte de compromis proposé par sa délégation concernant la recommandation 248 (A/CN.9/XLIII/CRP.8), fait observer que la première phrase en définit la règle, et que la deuxième phrase présente l'option possible pour un créancier garanti. Ce texte établit la *lex protectionis* en tant que loi applicable dans tous les domaines majeurs, mais offre également aux créanciers garantis la possibilité de recourir à la loi du lieu de situation du constituant en vue de se protéger des administrateurs gérant l'insolvabilité et des créanciers non garantis. C'est la même approche qui a été adoptée dans le cadre des recommandations 210 et 211 du *Guide* sur les règles à respecter en cas de législations conflictuelles en matière de comptes bancaires. La proposition contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 et celle du Canada ne font pas de distinction entre intérêts enregistrables ou non; on peut dire, par conséquent, que la proposition canadienne autorise toujours le créancier garanti à avoir recours à la *lex protectionis* – notamment en cas d'opérations liées à des avoirs très spécifiques.

48. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) demande quel type de loi s'appliquerait aux questions de priorité et de réalisation d'une sûreté réelle mobilière liée à une propriété intellectuelle qu'un créancier garanti aurait choisi de constituer en vertu de la loi du lieu de situation du constituant. Si la *lex protectionis* s'appliquait dans un tel cas, comment pourrait-on séparer le principe d'opposabilité des questions de priorité et de mise en œuvre?

49. **M. Deschamps** (Canada) déclare qu'aux termes de la proposition canadienne, la *lex protectionis* est applicable à tous les cas de figure. Cette proposition n'aborde pas la question de la loi applicable en ce qui concerne les priorités, dans la mesure où la question des priorités ne se pose pas pour l'administrateur qui gère l'insolvabilité. Dans le cadre du projet de supplément au *Guide*, une fois la sûreté garantie en réponse à l'administrateur, c'est le créancier garanti qui a la priorité – de même que vis-à-vis des créanciers non garantis. En fait, les questions de priorité ne concernent que les créanciers garantis. Toute autre

question de priorité peut être traitée dans le cadre de la *lex protectionis*. Toutefois, cela ne supprime pas le droit d'un créancier garanti, face au syndic gérant l'insolvabilité, à recourir également à la législation du lieu de situation du constituant. La proposition du Canada pourrait, certes, être adaptée en vue d'englober l'autre approche; mais le délégué canadien ne le juge pas nécessaire.

50. **M. Umarji** (Inde) demande de quelle manière il serait possible, en adoptant la variante E de la proposition présentée par l'observateur de l'American Bar Association, de faire en sorte que deux lois différentes soient applicables à la réalisation d'une sûreté en matière de propriété intellectuelle: en effet, la mise en place de cette garantie est régie par la législation du lieu de situation du constituant, tandis que la vente de la propriété intellectuelle est régie par la loi de l'État de protection. En principe, la concrétisation de la garantie comporte également le droit de vente.

51. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) déclare que l'objectif est de placer la procédure de garantie sous l'autorité de la loi du lieu de situation du constituant; car, dans tout autre cas de figure, il faudrait adresser un préavis à chaque État – conformément à leur législation –, et cela entraînerait de multiples procédures, si bien que même un acheteur souhaitant acquérir l'intégralité des avoirs hypothéqués ne pourrait pas le faire en une seule fois. On a considéré qu'un créancier garanti procédant à une vente des effets saisis préférerait agir dans le cadre d'une seule et unique opération, plutôt que d'avoir la charge coûteuse de multiples procédures dans chaque État concerné. Cette approche permet également d'envisager une valeur plus élevée pour chaque bien grevé, au bénéfice du constituant, du créancier garanti et d'autres créanciers du constituant.

52. **M. Alcantara** (observateur de la Commercial Finance Association) déclare que l'application simultanée de deux ensembles de lois est une pratique courante. Dans les faits, un créancier garanti s'efforce de concrétiser ses droits de sûreté en application de la loi du lieu de situation du constituant, en cas de vente aux fins de garantie. Une fois la vente réalisée, l'acquéreur des droits doit suivre un certain processus afin de concrétiser ces droits selon le principe d'opposabilité et recourir, cette fois, aux dispositions de la loi de l'État de protection.

53. Le choix, par l'Inde, d'une certaine disposition de mise en œuvre du processus explique les raisons ayant conduit l'organisation que représente M. Alcantara – la "Commercial Finance Association" – à être partie prenante à la proposition présentée dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7. Cette proposition n'est pas seulement un compromis: en fait, il s'agit de la seule approche qui respecte les deux ensembles de lois en question par l'application de leurs principes fondamentaux et la considération de la manière dont ces lois concernent à la fois les intérêts du crédit garanti et ceux liés à la propriété intellectuelle, à leurs niveaux respectifs.

54. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) déclare trouver des points d'accord entre les différentes propositions – notamment celles de l'American Bar Association et du Canada (la proposition canadienne ayant l'avantage de la simplicité). En matière d'insolvabilité, par exemple, un créancier garanti devrait pouvoir, dans certains cas, faire appel à la loi du lieu de situation du constituant en vue d'établir la priorité face à un représentant de l'entreprise insolvable. La proposition canadienne s'applique, semble-t-il, à un ensemble plus large de propriétés intellectuelles, enregistrées ou non; on ne voit pas clairement de quelle manière le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pourrait permettre de résoudre ce problème; toutefois, le Groupe de travail devrait pouvoir parvenir à un consensus en matière d'insolvabilité.

55. En matière de réalisation des sûretés, le type de situation analysé avec une grande perspicacité par l'observateur de la Commercial Finance Association est très courant dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle, qui fait que les prescriptions liées à une décision de justice ou à un arbitrage, dans tel pays, sont souvent appliquées dans un autre État; le fait que ce transfert juridique soit reconnu ou non dans l'autre État en question est lié à la législation de cet État – en d'autres termes, à la *lex protectionis*. Peut-être conviendrait-il de débattre de manière plus approfondie du caractère mixte de la sûreté, qui recherche à la fois la conciliation contractuelle et la protection de la propriété intellectuelle. Si le *Guide* tend à considérer les biens incorporels comme des éléments comptables – droits contractuels qui doivent être régis par un seul ensemble législatif –, la propriété intellectuelle est un droit de propriété, qui, par conséquent, est opposable; ces réalités ne sont nullement théoriques, mais sont

plutôt fondées sur la loi de l'État qui protège les propriétés intellectuelles; la réalisation de ce processus exige nécessairement une certaine efficacité et l'établissement de priorités. Dans ce contexte, il conviendra de préciser la distinction entre sûretés inscrites ou non dans un registre local de propriété intellectuelle.

56. Il faut également approfondir le débat au sujet des règles opératoires régissant, de manière relativement simple pour le prêteur, les transactions portant sur l'ensemble des avoirs, par opposition à des transactions plus complexes portant sur une multiplicité de titres relevant de plusieurs législations différentes. Ces deux types de transactions doivent être équilibrées dans le domaine de la propriété intellectuelle – régi par la *lex protectionis*.

57. **M. Riffard** (France) demande pour quelle raison on ferait en sorte d'appliquer la *lex protectionis* à l'établissement de priorités en matière d'insolvabilité. M. Riffard reconnaît que la proposition du Canada a l'avantage d'être simple. De toute manière, la France est opposée à la variante A (A/CN.9/700/Add.6, p. 17 de la version française du document), et cela n'est pas négociable (il s'agit de la variante qui rend la *lex protectionis* applicable au processus de réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

58. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) déclare qu'il ne considère pas que la règle en vigueur au Canada soit semblable au traitement des comptes bancaires en cas de conflit entre différents textes de loi. De plus, lorsque le Canada considère qu'il suffit de soumettre le principe d'opposabilité à la loi du lieu de situation du constituant, et d'appliquer la *lex protectionis* aux questions de priorité, on est en présence d'une règle de priorité qui ne pourra pas forcément s'appliquer dans tous les pays. Les droits respectifs de l'administrateur gérant l'insolvabilité et du créancier garanti peuvent être différents d'un État de protection à l'autre – si bien que le délégué des États-Unis considère qu'une disposition relative au conflit des lois est tout à fait nécessaire.

59. De plus, M. Cohen se dit très perplexe quant à la proposition canadienne concernant la réalisation de la sûreté. Les États-Unis considèrent que toute la question est de savoir quel ensemble de règles régit le processus de réalisation de la sûreté par un créancier garanti. En cas de dispositions différentes pour un avoir hypothéqué et protégé par les lois de différents États,

cela déprécierait les avantages collatéraux non seulement pour le créancier garanti, mais aussi et surtout pour le constituant. Le délégué des États-Unis souhaiterait se voir expliquer les avantages de l'approche canadienne, alors que l'un des objectifs du *Guide* est précisément l'accroissement des ressources que l'on peut tirer des droits de propriété intellectuelle.

60. **M. Sato** (Japon) déclare que la délégation japonaise a d'abord soutenu la variante C présentée dans le document A/CN.9/700/Add.6, mais qu'à l'heure actuelle, elle espère plutôt un consensus autour de la variante E ou de la variante F – toutes deux contenues dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7.

61. **M. Deschamps** (Canada) explique que sa proposition permet au créancier garanti de rendre sa sûreté opposable au représentant chargé de gérer l'insolvabilité, et ce, dans le cadre de la loi du lieu de situation du constituant; mais la proposition canadienne ne permet pas de bénéficier de la priorité par rapport à ce représentant, du fait que le principe d'opposabilité entraîne nécessairement la reconnaissance de la sûreté face à l'administrateur du régime d'insolvabilité, et que, dès lors, la question de la priorité ne se pose pas. Les dispositions du *Guide* relatives à la priorité posent toujours le problème en termes de conflit de créanciers garantis concurrents. Le délégué canadien est conscient du fait que la conception des États-Unis en matière d'opposabilité puisse nécessiter l'ajout d'un système de priorité; à cet égard, M. Deschamps déclare qu'il n'aurait aucune

difficulté à considérer la question de priorité, puisque celle-ci serait couverte par l'un ou l'autre des ensembles législatifs concernés.

62. M. Deschamps ajoute que, pour le moment, il laissera de côté la question des comptes bancaires, car elle n'est pas au centre de son argumentation. Concernant la question de la réalisation de la sûreté mobilière, la proposition du Canada s'efforce de rejoindre les représentants de la communauté de protection de la propriété intellectuelle. Étant donné que, d'une manière générale, cette communauté opte pour l'application de la loi du lieu de situation du constituant en matière de réalisation de la sûreté, M. Deschamps se déclare prêt à rouvrir le débat sur ce point.

63. **M. Siebrasse** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) considère que la proposition canadienne a deux avantages: d'une part, elle est la plus simple, et, de l'autre, elle permet de procéder à une inscription unique au lieu de situation du constituant, face à l'administrateur chargé de gérer l'insolvabilité. À cet égard, la proposition du Canada est plus attrayante que celle de l'American Bar Association, dans la mesure où elle couvre la question des brevets et des marques, aussi bien que celle des droits d'auteur. M. Siebrasse considère que la proposition canadienne est valable dans son principe.

La séance est levée à 18 h 5.

Finalisation et adoption du projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)

**Compte rendu analytique de la 913^e séance tenue au Siège,
à New York, le mardi 29 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.913]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

Finalisation et adoption du projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)
(A/CN.9/700/Add.6; A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8)

1. **La Présidente** demande instamment à la Commission d'être souple et objective dans le règlement des questions en suspens, compte tenu du peu de temps imparti. Il peut être possible de soumettre les questions de la constitution et de la réalisation, ainsi que de l'administrateur de l'insolvabilité et des créanciers chirographaires ordinaires, à la loi du lieu de situation du constituant, et d'examiner l'opposabilité et la priorité dans le cadre de la *lex protectionis*, parallèlement à la question des créanciers garantis et de la propriété intellectuelle non enregistrée. Il sera utile, ajoute l'oratrice, de pouvoir réduire le nombre de variantes s'offrant à la Commission.

2. **M. Son** Seoung-woo (République de Corée) dit que la délégation de la République de Corée préconise la variante C (contenue dans le document A/CN.9/700/Add.6), mais que, dans le souci de parvenir à un consensus, elle peut appuyer les propositions mises en avant par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, la Commercial Finance Association et l'American Bar Association (A/CN.9/XLIII/CRP.7). La *lex protectionis* s'appliquera aux principales questions de la propriété, en particulier l'opposabilité et la priorité. Avant tout, la loi relative à la réalisation doit être la loi du lieu de situation du constituant.

3. **M. Umarji** (Inde) dit que la délégation indienne préfère la variante A s'agissant de la *lex protectionis*. La proposition soumise par le Canada (A/CN.9/XLIII/

CRP.8) est similaire à la variante A, non sans avoir fait l'objet d'une adaptation relative à la représentation de l'insolvabilité. L'adoption de cette proposition facilitera le respect par les États parties des conventions internationales faisant intervenir la *lex protectionis* que mentionne la note du Secrétariat (A/CN.9/700/Add.6, par. 14). C'est ainsi que la délégation indienne appuie la proposition canadienne.

4. **M. Dolata** (Pologne) et **M. Maradiaga** (Honduras) approuvent également la proposition du Canada.

5. **M. Morán Bovio** (Espagne) dit qu'il est nécessaire avant tout de parvenir à une seule et unique solution; sinon, le Guide, qui renferme des recommandations uniformes, sera altéré. Cela étant posé, l'orateur appuie la proposition canadienne en saluant sa clarté et sa simplicité. Cette proposition conduira à une certitude accrue dans l'application du Guide. Toutefois, si une majorité se dessine en faveur d'une autre solution, la délégation espagnole, dit l'orateur, se joindra au consensus par souci de parvenir à une solution unique.

6. **La Présidente** convient qu'il est essentiel de parvenir à une seule règle dans le cadre d'un régime uniforme et harmonisé.

7. **M^{me} Smyth** (Australie) dit que les variantes E et F (A/CN.9/XLIII/CRP.7) sont celles qui se rapprochent le plus de la nouvelle législation en vigueur en Australie sur les règles de conflit de lois dans le cadre du régime australien sur les biens meubles. Bien que plus complexes que la proposition canadienne, ces options offrent un degré de sécurité accru aux parties qui prennent une sûreté grevant des propriétés intellectuelles. À certaines exceptions près, lorsque la *lex protectionis* s'appliquera, ces variantes

répondront également aux préoccupations des parties qui obtiennent des transferts de droits de propriété intellectuelle. Toutefois, la délégation de l'Australie, dit l'oratrice, comprend bien qu'une seule et même règle sera fort bienvenue pour les utilisateurs du Guide.

8. **M. Monardes** (Chili) dit que la délégation du Chili préfère la variante A compte tenu de la législation nationale du Chili en la matière. La loi déterminant le rang de priorité des droits en matière de propriété intellectuelle doit être celle de l'État qui protège la propriété.

9. **La Présidente** rappelle à la Commission que la règle devra fonctionner sous le régime prévu dans le Guide ainsi que dans le contexte des régimes nationaux de propriété intellectuelle.

10. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) dit n'être pas au courant des problèmes que les conventions mentionnées par le représentant de l'Inde peuvent poser en termes de choix à effectuer par la Commission, et l'orateur souhaiterait obtenir des précisions en la matière. La délégation des États-Unis d'Amérique, dit l'orateur, partage les préoccupations exprimées concernant la proposition canadienne (A/CN.9/XLIII/CRP.8) car celle-ci soumet la réalisation à la *lex protectionis*, de sorte qu'une sûreté sur tous les biens de propriété intellectuelle d'une société dans le monde ne peut faire l'objet d'une réalisation lors d'une vente sous un régime particulier, ce qui est une erreur du point de vue économique. Il est préférable que la loi du lieu de situation du constituant régie cette question ainsi que le préconisent les propositions formulées par la Commercial Finance Association (A/CN.9/XLIII/CRP.7).

11. **M. Korma** (Égypte) demande si la proposition canadienne permet d'appliquer deux régimes juridiques distincts à différents créanciers garantis et, le cas échéant, s'enquiert de ce qui se passe dans l'éventualité d'un conflit entre les deux régimes. La proposition ne semble pas couvrir cette éventualité.

12. **M. Du Jun** (Chine) dit que la délégation de la Chine préfère la variante A car les sûretés découlent des droits de propriété intellectuelle. La législation du pays établissant les droits de propriété intellectuelle est applicable.

13. **M. Özsunay** (Turquie) exprime l'appui de la délégation de la Turquie à la variante E.

14. **M. Deschamps** (Canada) dit que, aux termes de la proposition de la délégation du Canada, la réalisation est régie par la *lex protectionis*, de sorte que si deux créanciers garantis ont obtenu une sûreté réelle mobilière sur le même bien, une seule loi s'appliquera à la procédure de réalisation ouverte par l'un des deux créanciers garantis ainsi qu'à la détermination du rang de priorité de chacun des deux réclamants. Toutefois, cela vaudra également si la loi du constituant, et non la *lex protectionis*, est applicable.

15. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit que la délégation des États-Unis d'Amérique croit comprendre que, si un unique droit de propriété intellectuelle est protégé par la loi d'un seul État, la réalisation sera régie par la loi d'un État, aussi bien dans la proposition canadienne que dans les autres propositions présentées à la Commission. Toutefois, l'orateur se demande ce qui adviendra dans le cas de multiples biens de propriété intellectuelle protégés par les lois de nombreux États et qu'un créancier garanti cherche à réaliser une sûreté. L'orateur demande si la proposition canadienne aboutira toujours à la réalisation aux termes de la loi d'un seul État.

16. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) demande que des précisions soient apportées à l'intervention du représentant du Canada selon laquelle, lorsque les biens de propriété intellectuelle servent de garantie et qu'un créancier garanti recherche une réalisation, la *lex protectionis* détermine le rang de priorité, mais que la loi du lieu de situation du constituant peut s'appliquer dans certaines conditions.

17. **La Présidente** croit comprendre que la proposition canadienne préconise que seule la *lex protectionis* s'appliquera et que la proposition de la Commercial Finance Association recommande que seule la loi du lieu de situation du constituant s'appliquera, de sorte que les deux propositions prévoient seulement un seul droit applicable.

18. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) dit que la *lex protectionis* relativement à une procédure de réalisation ne requiert pas la conduite par un créancier garanti de procédures de réalisation multiples dans de multiples pays. Le résultat d'un transfert est de préférence déterminé par

le droit de chaque État accordant une protection, et lorsqu'un créancier garanti exerce un pouvoir de donneur de licence pour rendre une disposition des droits en cas de saisie aux termes de la loi d'un pays particulier, ce pouvoir existe dans de multiples pays. La seule question pour la *lex protectionis* consiste à savoir si le transfert résultant est reconnu dans un autre pays, ce qui suppose normalement le simple respect d'une procédure régulière. Un contrat ou un jugement de réalisation obtenu dans un pays ne requiert pas l'établissement d'un nouveau contrat ou jugement dans tout autre pays, mais la question de savoir si ces instruments sont applicables dans les faits dépend de la loi du pays.

19. **M. Riffard** (France) dit que, même si la Commission doit limiter le nombre de variantes proposées, ce ne sera pas un problème de disposer de plus d'une variante dans le Guide, lequel propose des variantes relativement aux autres questions. Les propositions canadienne et de la Commercial Finance Association cherchent à remplacer les variantes A à D. Les tenants de la variante A et de la *lex protectionis* favorisent la proposition canadienne, mais les deux propositions peuvent être reprises.

20. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que, sur la base des options présentées dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7, les questions de propriété seront couvertes par la *lex protectionis*, tandis que les questions de réalisation seront couvertes par la loi du lieu de situation du constituant. En revanche, selon la proposition canadienne (A/CN.9/XLIII/CRP.8), toutes les questions touchant la réalisation, liées aux actifs ou à la procédure, sont régies par la *lex protectionis*. Ainsi, s'il existe des droits de la propriété intellectuelle protégés par les lois de plus d'un État, plusieurs régimes de procédures de réalisation seront nécessaires.

21. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) dit qu'il y a, semble-t-il, une certaine équivoque. En tant qu'avocat spécialisé dans la propriété intellectuelle, l'orateur estime que la *lex protectionis* désigne la loi de l'État de protection de sorte que, en vertu de la règle de conflit, les questions concernant la propriété seront régies par une loi et les aspects contractuels seront régis par une autre loi. Il importe ainsi de préciser le sens de la *lex protectionis*.

22. **La Présidente** dit ne pas avoir entendu de soutien aux variantes B et D (A/CN.9/700/Add.6, p. 16

et 17), et que l'État qui a appuyé la variante C est à présent disposé à appuyer la proposition contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7. En l'absence d'objections à l'élimination des variantes B, C et D, la discussion se limitera aux propositions contenues dans les documents A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8, parallèlement à la variante A. Toutefois, étant donné les infimes différences existant entre la proposition canadienne (A/CN.9/XLIII/CRP.8) et la variante A, l'oratrice se demande si la variante A peut être abandonnée.

23. **M. Wiegand** (observateur de la Suisse) dit que la délégation suisse est disposée à abandonner la variante A, à la seule condition toutefois d'inclure la proposition contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.8 dans le Guide.

24. **La Présidente** dit que, faute d'approbation unanime visant à éliminer la variante A, la Commission l'examinera en même temps que les propositions contenues dans les documents A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8.

25. **M. Deschamps** (Canada) dit que le représentant de l'Égypte a posé une question sur les réclamations concurrentes émanant de deux différents créanciers garantis relativement au même actif. L'orateur répond que si l'actif est protégé par la loi d'un État donné, et si la *lex protectionis* régit le rang de priorité et la réalisation des deux sûretés réelles mobilières, comme cela sera le cas dans le cadre de toute proposition qui renvoie ces questions à la *lex protectionis*, une seule loi s'appliquera relativement à cet actif. En réponse à la question posée par le représentant des États-Unis d'Amérique sur un constituant propriétaire de plusieurs biens de propriété intellectuelle dans plusieurs États, l'orateur dit que, si la *lex protectionis* est le droit applicable, les créanciers garantis devront se tourner vers la loi de chaque État pour chaque actif. Toutefois, les problèmes de concurrence entre créanciers garantis seront tranchés par une seule loi.

26. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que la loi d'un État s'appliquera comme entre deux créanciers garantis dans le cas d'un unique bien de propriété intellectuelle protégé par la loi d'un seul État. D'autre part, dans le cas de multiples biens de propriété intellectuelle protégés par les lois de plusieurs États, les lois de ces États s'appliqueront chacune à la propriété intellectuelle particulière qu'elles protègent.

27. **M. Deschamps** (Canada) dit approuver entièrement cette interprétation.

28. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) dit qu'il y a probablement une équivoque. L'idée est que, dans le cas d'un conflit de priorité entre deux créanciers garantis relativement à un bien de propriété intellectuelle protégé par la loi de l'État A, le rang de priorité sera déterminé par la loi de l'État A. Si les mêmes créanciers ont une sûreté sur un autre bien de propriété intellectuelle protégé par la loi de l'État B, leur conflit de priorité sera tranché par la loi de l'État B. Un conflit de priorité sera toujours tranché par une loi car les biens de propriété intellectuelle sont soumis à un traitement national.

29. **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale pour les marques) dit être d'accord avec le résumé de M. Bazinas.

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à 12 h 10.

30. **La Présidente** dit qu'il peut être utile, dans l'espoir d'établir une seule règle, d'examiner le droit applicable à chacune des différentes composantes de la sûreté, à savoir la constitution, l'opposabilité et la priorité, ainsi que la réalisation.

31. **M. Deschamps** (Canada) dit que la délégation canadienne est disposée à modifier sa proposition, mais uniquement sur la question de la réalisation, en réponse aux préoccupations exprimées par de nombreuses délégations qui ont appuyé la proposition contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7. La proposition révisée, pour laquelle l'orateur ne dispose pas de texte, indiquera que la réalisation sera régie par la loi du lieu de situation du constituant, et non par la *lex protectionis*.

32. **La Présidente** croit comprendre que la constitution, l'opposabilité et la priorité seront régies par la *lex protectionis*, excepté que le créancier garanti peut chercher à se prémunir contre un administrateur de l'insolvabilité et des créanciers chirographaires ordinaires aux termes de la loi du lieu de situation du constituant. La réalisation, d'autre part, sera régie par la loi du lieu de situation du constituant.

33. **M. Tosato** (Italie) dit que, tandis que la proposition semble acceptable dans son principe, il sera essentiel de disposer d'un texte. Dans le cas d'un appui vigoureux à la modification permettant de

soumettre la réalisation à la loi du lieu de situation du constituant, il sera essentiel d'inclure un commentaire pour analyser les questions qui peuvent être soulevées durant cette réalisation en rapport avec la priorité et l'opposabilité.

34. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que même si sa délégation a été l'un des tenants de la proposition contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7, elle appuiera le projet de remaniement de la proposition canadienne (A/CN.9/XLIII/CRP.8). Toutefois, la règle générale selon laquelle la constitution est protégée par la *lex protectionis* doit prévoir une exception pour que la constitution puisse également être protégée par la loi du lieu de situation du constituant.

35. **La Présidente** croit comprendre qu'il est proposé, s'agissant de la constitution, d'offrir aux parties l'option de soumettre les sûretés réelles mobilières à la loi du lieu de situation du constituant ou à la *lex protectionis*.

36. **M. Nigam** (Inde) dit que la proposition révisée du Canada doit être clarifiée. Si, par exemple, le titulaire d'un brevet dans un pays A accorde une licence à cinq preneurs de licence dans cinq différents pays, et que ces preneurs de licence constituent des sûretés réelles mobilières grevant leurs droits et empruntent de l'argent auprès de différents prêteurs dans leurs pays respectifs avant d'être dans l'incapacité de rembourser leurs emprunts, il y aura réalisation aux termes de la loi du lieu de situation du constituant. Si les droits de licence sont vendus à un autre tiers, le brevet et la sûreté sur ce brevet doivent être enregistrés dans le pays A, où le brevet initial est protégé. Toute vente ou transfert des droits des preneurs de licence à un autre tiers devra également être enregistré dans le pays A. L'orateur souhaite savoir s'il en sera toujours ainsi avec la modification qu'il est proposé d'apporter au document A/CN.9/XLIII/CRP.8.

37. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que les obligations juridiques régissant l'enregistrement du transfert de la propriété intellectuelle dans la *lex protectionis* s'appliqueront toujours. À cet effet, le commentaire du document A/CN.9/XLIII/CRP.7 serait mieux indiqué dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.8, ainsi que le demande le représentant de l'Italie, pour aider à clarifier la question et montrer que la proposition canadienne

modifiée atteindra les résultats souhaités par le représentant de l'Inde.

38. **La Présidente** croit comprendre que, en cas d'une licence concédée par un titulaire de brevet d'un pays A à des preneurs de licence dans les pays B, C et D, lesquels accordent alors une sûreté à leurs prêteurs respectifs dans les pays B, C et D, avant défaillance suivie d'une réalisation dans les pays de chacun des prêteurs, le droit de la propriété intellectuelle des pays où la propriété intellectuelle est protégée continuera de s'appliquer. L'oratrice croit comprendre qu'il existe un accord général visant à inclure les parties pertinentes du commentaire contenu dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 dans le projet de supplément.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. **M. Deschamps** (Canada) déclare approuver pleinement l'explication donnée par l'observateur de l'American Bar Association ainsi que la prise en compte des observations sur les aspects réels du processus de réalisation contenues dans le commentaire. Toutefois, par souci de simplicité, les observations contenues dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 doivent être reprises dans le commentaire et non dans la Règle elle-même. Néanmoins, la Règle doit être lue à la lumière des dispositions générales du Guide, déjà prévues en vue du même effet.

41. **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale pour les marques) indique que sa délégation ne conteste pas le principe selon lequel les effets d'une disposition seront régis par le droit de la propriété intellectuelle du pays où la propriété intellectuelle est protégée. Toutefois, l'exemple donné est trompeur: on ne peut concéder sur un brevet enregistré dans un pays A une licence à un preneur de licence dans le pays B car ce brevet n'est pas valable en dehors du pays où il est enregistré. Le brevet doit également être enregistré dans le pays B, où le preneur de licence est situé et où il mettra à profit l'invention décrite dans le brevet.

42. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit qu'un meilleur exemple serait peut-être le cas d'un constituant titulaire d'un brevet dans le pays A qui est protégé par la loi du pays ainsi que d'un autre brevet protégé par la loi du pays B, tandis que le constituant lui-même est situé dans le pays C. La réalisation aura lieu aux termes de la loi du pays C, mais la loi du pays A, qui exige

l'enregistrement du brevet dans le pays A afin que la disposition relative à la réalisation soit mise en œuvre ou menée à terme, demeurera applicable.

43. **La Présidente** s'enquiert d'éventuelles objections de principe à la proposition canadienne assortie des modifications proposées.

44. **M. Umarji** (Inde) dit que la *lex protectionis* sera altérée si elle passe de la règle principale au commentaire. La délégation de l'Inde, poursuit l'orateur, préférerait que la règle elle-même dispose que la *lex protectionis* continuera de s'appliquer à la réalisation des sûretés et est ainsi favorable à la variante A. Toutefois, l'orateur peut également accepter la proposition canadienne accompagnée des modifications proposées concernant la pratique en matière d'insolvabilité.

45. **La Présidente** croit comprendre que, de l'avis des tenants de la variante A ou de la proposition canadienne initiale, l'opposabilité et la priorité sont les principaux éléments à soumettre à la *lex protectionis*. Dans la proposition canadienne modifiée, la *lex protectionis* s'applique encore à chacun de ces deux éléments, en même temps qu'à la constitution.

46. **M. Deschamps** (Canada) réaffirme l'introduction d'une seule modification à la proposition canadienne initiale contenue dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.8: une phrase sera ajoutée à l'effet de soumettre la réalisation à la loi du lieu de situation du constituant et non à la *lex protectionis*. Le mot "réalisation" sera ainsi effacé de la première phrase.

47. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), signalant que, aux termes de la proposition canadienne, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sera régie soit par la *lex protectionis* soit par la loi de l'État du constituant, dit que la question de savoir comment fonctionneront ces variantes peut être clarifiée dans le commentaire. Concernant la modification proposée relativement à la réalisation, l'orateur convient de la nécessité d'examiner la formulation suggérée.

48. **M. Riffard** (France) dit que les préoccupations de la délégation française concernant la réalisation ont été prises en compte et qu'elle appuie ainsi la proposition canadienne assortie des modifications suggérées.

49. **M. Wiegand** (observateur de la Suisse) dit que, si la proposition canadienne est modifiée selon le modèle proposé, la délégation suisse peut l'appuyer totalement et ne souhaitera plus retenir la variante A.
50. **M. Morán Bovio** (Espagne), **M. Agthe** (observateur de l'Association internationale pour les marques) et **M. Son** Seoung-woo (République de Corée) appuient la proposition canadienne assortie des modifications qui ont été décrites.
51. **M. Mittsdoerffer** (Allemagne) dit que la délégation allemande continue de croire que la *lex protectionis*, telle qu'exposée dans la variante A, doit être le point de départ de toute discussion. Elle est toutefois disposée à s'écarter dans une certaine mesure de ce principe pour ce qui est de la constitution et de la réalisation, et ainsi appuie pleinement la proposition canadienne assortie des modifications suggérées.
52. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) dit que la délégation britannique appuie également la proposition canadienne sous réserve d'un accord sur la nouvelle formulation. L'oratrice convient avec le représentant de l'Espagne qu'il est dans l'intérêt de tous d'apporter une solution unique à la question examinée.
53. **M^{me} Hu** Shengtao (Chine) sollicite des précisions quant à savoir si tous les pays où sont enregistrés des biens de propriété intellectuelle, y compris l'État du constituant, peuvent être considérés comme des États de protection, et demande si soumettre l'application bilatérale des échanges contractuels à la loi de l'État du constituant, conformément aux amendements suggérés à la proposition canadienne, suppose alors que cette réalisation n'implique pas une opposabilité effective.
54. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) croit comprendre que la première phrase de la proposition canadienne prévoit qu'une sûreté peut être constituée aux termes de la loi de l'État où la propriété intellectuelle est protégée, tandis que la deuxième phrase offre la possibilité de constituer une sûreté aux termes de la loi de l'État du constituant, où le créancier garanti ne s'inquiète pas de conflits avec les autres créanciers garantis mais des situations de risque de perte de sa garantie et d'insolvabilité du constituant. Il faut également ne pas perdre de vue que, conformément à la recommandation 223 du Guide, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne doit pas déterminer la loi applicable, mais elle peut avoir une incidence dans la mesure où certaines questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit doivent être tranchées aux termes de la loi de l'État où s'ouvre la procédure d'insolvabilité.
55. Si la proposition canadienne est modifiée selon le modèle suggéré, la réalisation sera soumise à la loi de l'État du constituant. Ainsi, si un créancier garanti a une sûreté grevant des biens de propriété intellectuelle situés dans de nombreux États, cette sûreté sera réalisée aux termes de la loi de l'État où le constituant est situé. Bien entendu, la question reste de savoir si les pays où les biens sont protégés accepteront le résultat de cette réalisation. En outre, comme exposé dans la recommandation 222 du Guide, toute règle relative au droit applicable est soumise à des règles impératives ainsi qu'à l'action des pouvoirs publics de l'État du for.
56. **M. Brennan** (observateur de l'Independent Film and Television Alliance) dit que la proposition canadienne assortie des modifications suggérées représente une excellente avancée qui profitera aux professionnels de la propriété intellectuelle.
57. **M. Alcantara** (observateur de la Commercial Finance Association) dit que sa délégation figure parmi les tenants de la proposition exposée dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 mais qu'elle peut pleinement appuyer la proposition canadienne révisée comme option unique à reprendre dans le projet de supplément.
58. **M^{me} Rogne** (Norvège) et **M. Özsunay** (Turquie) appuient la proposition canadienne révisée, sous réserve d'un accord sur le texte exact.
59. **M^{me} Longcroft** (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) dit que, comme signalé dans le document A/CN.9/701, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a constamment estimé que la *lex protectionis*, telle qu'exposée dans la variante A, doit demeurer le principe déterminant le droit applicable à une sûreté grevant des propriétés intellectuelles. La délégation de l'oratrice, toutefois, appuiera la proposition canadienne si celle-ci est modifiée selon le modèle suggéré.
60. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que, aux termes de la proposition

canadienne, l'option consistant à appliquer la loi du lieu de situation du constituant à la constitution d'une sûreté est disponible en toutes circonstances et n'est pas limitée aux cas de conflit avec l'administrateur de l'insolvabilité. L'opposabilité est l'unique élément qui est limité à ces conflits.

61. **La Présidente** dit qu'il existe, semble-t-il, un large appui de principe à la proposition canadienne assortie des modifications suggérées. Le texte exact sera rédigé en temps opportun en vue de l'examen par la Commission.

La séance est levée à 13 heures.

Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)

Compte rendu analytique de la 914^e séance tenue au Siège, à New York, le mardi 29 juin 2010, à 15 heures

[A/CN.9/SR.914]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 15 h 15.

Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles (suite)

(A/CN.9/700/Add.6 et 7; A/CN.9/XLIII/CRP.5, A/CN.9/XLIII/CRP.7 et A/CN.9/XLIII/CRP.8)

A/CN.9/700/Add.6, chapitre X (suite)

1. **M. Deschamps** (Canada) donne lecture du texte révisé suivant émanant de la proposition de sa délégation pour la recommandation 248:

“Recommandation 248

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle, est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée.

La loi devrait prévoir également qu'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle pourra être constituée sous l'empire d'une loi de l'État dans lequel le constituant est situé et pourra également être opposée aux termes de cette loi sauf à un créancier garanti, à un bénéficiaire du transfert de licence, ou à un preneur de licence.

La loi devrait prévoir que la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel le constituant est situé.”

2. **La Présidente** déclare que le changement essentiel est que la réalisation dépend à présent de la loi en vigueur au lieu de situation du constituant. La proposition telle que révisée est appuyée par la majorité des membres et des observateurs. L'adoption

d'une règle unique tenant compte des intérêts divers et de l'élimination des variantes devrait certainement prévoir de rendre la loi applicable simplement et de conduire à un résultat prévisible. Le texte est conforme aux objectifs du *Guide* et du projet de supplément. Il peut ne pas correspondre parfaitement aux systèmes en place dans tous les États, mais il présente d'importants avantages. Elle demande à la Commission si la règle proposée est acceptable.

3. **M. Monardes** (Chili) déclare que bien que sa délégation préfère la variante A du document A/CN.9/700/Add.6, elle est prête néanmoins à appuyer le texte canadien révisé. Il voudrait que soit cependant enregistré soit dans le commentaire soit dans le rapport, que sa délégation croit comprendre que la loi du lieu de situation du constituant régit la réalisation de la sûreté réelle mobilière sur une propriété intellectuelle seulement dans la mesure permise par la *lex protectionis*.

4. **M. Deschamps** (Canada), manifeste son accord et déclare qu'un certain nombre de délégations y compris la sienne, désirent que le commentaire établisse clairement que les questions de transférabilité réalisées demeurent régies par la *lex protectionis*, étant donné les préoccupations dont le secrétariat a fait état lors d'une séance antérieure et de la recommandation 4 b) du *Guide*. Les commentaires sur ce principe figurant dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.7 peuvent servir de base au commentaire, et il ne formule aucune objection à ce que ce soit mentionné dans le rapport.

5. **La Présidente** déclare qu'elle considère que la Commission souhaite adopter le texte révisé du projet de recommandation 248 proposé par le Canada, expédiant ainsi la dernière question de fond en instance.

6. *Il en est ainsi décidé.*
7. **La Présidente** invite la Commission à revenir au commentaire sur la recommandation 248 figurant dans le document A/CN.9/700/Add.6.
8. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) demande, maintenant qu'une règle commune a été adoptée, s'il est encore opportun d'inclure, tel qu'il était prévu à l'origine, des instructions à l'adresse des États en ce qui concerne les approches possibles aux termes des variantes A à D. Le commentaire pourrait tout simplement porter sur les avantages et les désavantages des diverses approches sans entrer vraiment dans les variantes proprement dites. Il pourrait alors aborder la recommandation 248 telle qu'adoptée, expliquant ses avantages et ses désavantages, et comment elle doit opérer en ce qui concerne les questions de création, d'opposabilité, de priorité et de réalisation. Le commentaire dans son ensemble ne requiert que peu de révision. Il faudrait probablement ajouter un nouveau paragraphe 4 *bis* ou 5 au chapitre X, section A, sur l'approche exigée dans la recommandation qui vient d'être adoptée.
9. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) déclare que si la proposition du document A/CN.9/XLIII/CRP.7 sert, ainsi qu'il est suggéré, de base au libellé à inclure au commentaire, les paragraphes 3 et 10 précisent, comme l'ont observé de nombreux membres, que les questions relatives à la propriété restent des questions relatives à la propriété aux termes du droit de la propriété intellectuelle et que leur réalisation aux termes du droit du lieu de situation du constituant n'a pas d'influence sur le besoin de se rapporter à la *lex protectionis*.
10. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) déclare que le commentaire doit faire ressortir l'importance de la question à laquelle se réfère la recommandation 248, dire pourquoi l'approche convenue est la meilleure, et expliquer la solution pour que les États puissent l'appliquer. Au moment de parler de l'approche recommandée, il faut faire ressortir ses avantages plutôt que les problèmes éventuels. Même si cette solution est un compromis, la Commission veut que chaque État la soutienne.
11. **La Présidente** déclare que l'approche habituelle dans un commentaire est de faire ressortir les points positifs de la recommandation qui est faite.
12. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que parce que le commentaire a une valeur formatrice, il n'est pas favorable à ce que l'on efface les parties soulignant les difficultés et les débats ayant eu lieu avant d'adopter la recommandation. Ainsi, il faut débattre à fond de la recommandation présentée comme une solution satisfaisante, car elle concerne un secteur très complexe.
13. **La Présidente** déclare qu'aucune des suggestions faites n'est contradictoire, et que le secrétariat les incorporera lors de la révision du commentaire. Il sera apporté surtout des changements mineurs au ton du commentaire car il n'est nul besoin qu'il soit aussi neutre.
14. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) demande si la Commission veut toujours se référer à la "accommodation rule" suivie par de nombreux États.
15. **M. Deschamps** (Canada) déclare qu'étant donné le consensus actuel sur une règle unique, il pense qu'il n'est pas nécessaire de donner des détails sur la "accommodation rule". Quoi qu'il en soit, la "accommodation rule" n'est pas spécifique à la propriété intellectuelle, à la sécurité en matière de propriété intellectuelle, ou à la sécurité en général; ce serait plutôt une règle relative au droit international privé.
16. **La Présidente** déclare qu'elle considère que la Commission ne souhaite pas inclure ce point dans le commentaire.
17. *Il en est ainsi décidé.*
18. *A/CN.9/700/Add.6, chapitre X, tel que modifié oralement, est adopté.*
19. *L'ensemble du document A/CN.9/700/Add.6, tel que modifié oralement, est adopté.*
- A/CN.9/700/Add.7*
20. **La Présidente** attire l'attention sur la dernière partie du projet de supplément devant être adopté, l'annexe sur la terminologie et les recommandations contenues dans le document A/CN.9/700/Add.7. Le document sera révisé afin de tenir compte des amendements apportés à la terminologie et des recommandations adoptées au cours des délibérations de la Commission. Il sera également inclus dans le rapport en tant qu'annexe.

21. *Le document A/CN.9/700/Add.7, tel que modifié oralement, est adopté.*

**Projet de décision A/CN.9/XLIII/CRP.5:
Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur
les opérations garanties consacré aux sûretés réelles
mobilières grevant des propriétés intellectuelles**

22. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) présente le projet de décision A/CN.9/XLIII/CRP.5 adoptant le Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, et déclare que le début du dernier alinéa du préambule sera, à la demande de la Présidente rédigé à nouveau comme suit dans la version anglaise: “Expressing its appreciation to the participants of Working Group V as well as to the secretariat.”. Au paragraphe 1, “dealing with” après “Transactions” est remplacé par “under the title: Supplement on”. Au paragraphe 2, “to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions dealing with security rights in intellectual property” est effacé après “Supplement”. Au paragraphe 3, les mêmes termes sont supprimés après la première occurrence de “Supplement”.

23. *Le projet de décision A/CN.9/XLIII/CRP.5, tel que modifié oralement, est adopté.*

La séance est suspendue à 16 heures; elle est reprise à 16 h 40.

**Travaux futurs possibles dans le domaine des
sûretés (A/CN.9/702 et Add.1)**

24. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) présente la note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1), et déclare que cinq propositions ont été faites par le Groupe de travail VI en 2009.

25. Lorsqu’il a fait sa première proposition, dans le sujet A, sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, le Groupe de travail a décidé d’exclure les sûretés sur titres intermédiés du fait des questions spécifiques soulevées et parce que le sujet est déjà traité par la Convention de 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire de la Conférence de La Haye et par la Convention de 2009 d’UNIDROIT sur les règles

matérielles relatives aux titres intermédiés. Étant donné que ces conventions ne prévoient pas d’instructions pour les États en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, la Commission pourrait avantageusement tenter de combler cette lacune en se basant sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*. Les travaux proposés doivent être coordonnés avec UNIDROIT, y compris en ce qui concerne les marchés financiers sur lesquels les questions des titres non intermédiés doivent être prises en considération. Les deux options pour des travaux futurs sont de demander au Groupe de travail VI de préparer un texte sur le sujet, en tant que supplément au *Guide* par exemple, ou de le laisser pour que le secrétariat l’étudie ultérieurement.

26. Le deuxième sujet proposé, B, relatif à l’inscription des sûretés réelles mobilières, est déjà traité dans le *Guide*, en particulier au chapitre III, qui doit néanmoins être lu avec d’autres chapitres. La réforme du droit des opérations garanties ne peut se concevoir sans un registre efficace, lequel requiert à son tour des règles valables. La Commission a déjà démontré un grand intérêt par rapport à ce sujet, et les futurs travaux y afférents pourraient prendre la forme d’un renvoi devant le Groupe de travail dans le but de préparer un texte sur l’inscription, ou d’une étude plus poussée par le secrétariat.

27. L’idée d’une loi type relative aux sûretés réelles mobilières, sujet C, a été évoquée par le Groupe de travail. Les avis sont partagés au sein du Groupe de travail. Certains experts considèrent que malgré l’existence d’une Loi type européenne et d’une Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, de même qu’un certain nombre d’autres lois régionales, aucune loi type n’existe encore sur le sujet pouvant s’appliquer à chacun des États au niveau mondial; néanmoins, d’autres experts pensent que ce sujet devrait être mis de côté pour le moment en attendant de voir jusqu’à quel point les recommandations contenues dans le *Guide* pourraient suffire à cet égard. Les opinions divergent également en ce qui concerne la faisabilité: il a été suggéré qu’il ne serait pas facile de parvenir à une adhésion suffisante afin de transformer les recommandations en une loi type, et qu’il faudrait peut-être plusieurs lois types eu égard aux différents types de sûretés. Il a été conclu qu’une étude plus poussée est nécessaire.

28. En ce qui concerne le sujet D sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté, il rappelle que le principe important exposé dans le *Guide* est celui de l'autonomie des parties qui exige, sauf exception, que les parties conviennent de la manière de répondre aux problèmes pouvant se poser dans le cadre d'une convention constitutive de sûreté. Il faut donc donner des orientations à cet égard sur la base des meilleures pratiques contractuelles. C'est pourquoi l'on propose qu'un nouveau texte soit rédigé à cet effet pour compléter le *Guide*.

29. Le cinquième sujet proposé, E, relatif à l'octroi de licences de propriété intellectuelle, n'est pas un aspect du droit des opérations garanties, et ne sera donc pas traité par le Groupe de travail VI; néanmoins, il s'est imposé lors de débats au sein du Groupe. Étant donné qu'il n'existe pas de loi spécifique aux contrats sur la propriété intellectuelle, laquelle se trouve à mi-chemin entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit des contrats, et que par conséquent elle est de la compétence de plusieurs organisations, la Commission pourrait prendre des mesures pour combler ce vide. La question est à quelle partie du vaste domaine du droit en rapport avec le sujet la Commission doit-elle recourir, et dans quel laps de temps. Davantage d'information est nécessaire pour déterminer quelle est la meilleure façon de procéder; ceci exige une étude plus poussée de la part du secrétariat.

30. Dans la conclusion, il fait allusion au statut actuel de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, et rappelle la recommandation de la Commission selon laquelle tous les États qui ne l'ont pas encore fait doivent envisager de devenir parties. La Commission pourrait renouveler cette recommandation, prendre note de l'utilité prouvée du *Guide* dans le domaine des opérations garanties, et demander au secrétariat de promouvoir la mise en œuvre du *Guide* et de son supplément, après son adoption au cours de la session en cours.

31. **La Présidente** sollicite des observations sur les différents sujets. La Commission décidera après lesquelles présentent un intérêt et de l'ordre dans lequel les traiter.

32. **M. Kohn** (observateur de la Commercial Finance Association) déclare que la Commission pourrait avantageusement inclure dans ses programmes de

travail à venir la question des sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une catégorie de bien commercial dont il n'est pas question dans le *Guide* mais néanmoins souvent présente dans les transactions en tant que garantie sur des actions d'un emprunteur ou de celles de ses filiales. Ces actions ne sont pas intermédiées, en d'autres termes, elles ne sont pas échangées sur un marché reconnu. Les lois sur la gouvernance d'entreprise, sur les impôts ou l'assistance financière ont rendu possible à certains moments pour un emprunteur d'offrir en garantie ses propres biens, comme par exemple les créances, les stocks, ou la propriété intellectuelle, ne laissant que les sûretés détenues directement en tant que seul nantissement proposé au prêteur. Un supplément au *Guide* sur les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés et non négociés sur les marchés serait extrêmement utile car il comblerait la dernière lacune du *Guide* au sujet des biens concernés par les opérations de financement commercial.

33. **M. Umarji** (Inde) déclare que la pratique consistant à prêter en échange d'actions de fondateur ne figurant sur aucune bourse, est une pratique courante entre banques. De telles transactions sont généralement traitées comme si elles impliquaient des sûretés possessoires avec des droits de réalisation exercés également comme si elles impliquaient des sûretés possessoires. La seule contrainte est que, étant donné que les actions ne peuvent être vendues sur le marché, elles doivent être vendues de gré à gré. La Commission doit assurer que de telles sûretés sont concernées par le *Guide*, et devra tenir compte du fait que, ayant mené des travaux en rapport avec les titres intermédiés, UNIDROIT pourrait prendre en charge la question des titres non intermédiés.

34. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare qu'il ressort clairement des documents A/CN.9/702 et Add.1 que le Groupe de travail et le secrétariat ont une grande connaissance et expérience dans de nombreux domaines. Aucun des sujets possibles des travaux futurs figurant sur la liste ne peut être écarté. La Commission fixera l'ordre des priorités de ces sujets tandis que le Groupe de travail définira leur objectif.

35. **M. Cochard** (observateur de l'Association française des entreprises privées) déclare qu'alors qu'il représente le Gouvernement français dans les débats d'UNIDROIT sur les titres intermédiés, l'association qu'il représente au sein de la

Commission émet des titres et est concernée par les droits entre émetteurs et investisseurs. À la lumière de son expérience avec les deux parties, il considère que les titres non intermédiés sont davantage du domaine d'UNIDROIT qui travaille sur la question des titres depuis 10 ans déjà, et pourrait facilement étendre le champ d'action de ses travaux. La Commission a laissé de côté les titres non intermédiés pour un certain nombre de raisons y compris les considérations très spécifiques qu'ils impliquent.

36. En outre, il est préoccupé par le fait que, d'après les explications fournies aux paragraphes 8 et 25 en particulier du document A/CN.9/702, la Commission n'a pas bien compris certains des concepts. Il a eu l'occasion de signaler, lors de débats antérieurs devant la Commission et lors de colloques de la Commission, qu'il ne convient pas toujours d'assimiler les titres détenus par des intermédiaires à ceux détenus indirectement. Le lien entre un investisseur et un émetteur en termes de propriété d'un titre, dépend de la juridiction. Par exemple, les situations de la Chine, des États-Unis d'Amérique et de la France ne sont pas comparables. Le risque encouru en ne saisissant pas bien ces concepts est entre autres un conflit entre les recommandations concernant l'inscription dans le document A/CN.9/702 et la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

37. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation est d'accord avec l'observateur de la Commercial Finance Association sur l'importance de donner une orientation sur les sûretés réelles mobilières grevant des titres non intermédiés, et avec le représentant de l'Espagne sur l'importance de tous les sujets suggérés pour des travaux futurs. Il met l'accent néanmoins sur le fait que l'octroi de licences de propriété intellectuelle n'a pas de rapport avec les opérations garanties.

38. **M. Riffard** (France) déclare que sa délégation a conclu sur la base des documents A/CN.9/702 et Add.1 et les résultats du troisième Colloque international sur les opérations garanties, qu'il ne semble pas y avoir de raison pour ne pas appliquer les règles du *Guide législatif* aux titres non intermédiés. C'est pourquoi il se demande s'il est utile de dépenser du temps et de l'énergie et de mobiliser un Groupe de travail de la Commission pendant toute une année ou plus, pour une question qui pourrait être résolue en effaçant tout

simplement une phrase du *Guide législatif*: la déclaration selon laquelle il ne s'applique pas aux sûretés détenues indirectement. On pourrait déclarer que le *Guide législatif* s'applique aux sûretés détenues indirectement sous réserve du champ d'application des débats menés par UNIDROIT. Il semblerait logique de demander à la Commission d'examiner cette approche et d'envisager d'étendre le champ d'application du *Guide*.

39. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) déclare que sa délégation appuie le commentaire fait par l'observateur de la Commercial Finance Association en ce qui concerne le sujet A sur les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés. Elle est d'accord également pour dire que le sujet E, l'octroi de licences de propriété intellectuelle, n'a pas de rapport avec les opérations garanties. Les autres sujets peuvent être pris en charge par le Groupe de travail, mais étant donné le temps limité et les ressources disponibles, il faut identifier les priorités.

40. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation est en faveur de retenir tous les sujets, mais voudrait que l'octroi de licences de propriété intellectuelle soit considéré comme un sujet à part car il n'a pas de rapport direct avec les opérations garanties.

41. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que sa délégation est en faveur de retenir tous les sujets figurant à l'ordre du jour de la Commission sans tenir compte des résultats des travaux futurs d'UNIDROIT. Il faut éviter tout doublon, mais ceci ne veut pas dire que la Commission ne doit pas commencer à travailler sur les sujets qu'UNIDROIT est susceptible de traiter ultérieurement.

42. **La Présidente** remarque que dans le document A/CN.9/702, paragraphe 42, il est suggéré que la Commission pourrait attribuer une priorité moindre au sujet A, sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, de manière à donner du temps à UNIDROIT pour compléter ses travaux sur le commentaire et le guide pour l'incorporation, ainsi que pour développer encore ses travaux futurs sur les marchés financiers. Il serait bon que les deux entités s'efforcent de collaborer afin d'assurer la compatibilité entre le *Guide* et les travaux futurs d'UNIDROIT. Ainsi, elle suggère que la Commission examine l'ordre de priorité des sujets B, C, et D.

43. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation est en faveur d'accorder la priorité au sujet B, l'inscription des sûretés réelles mobilières. Tel que le fait remarquer le paragraphe 66 du document A/CN.9/702, la réforme du droit des opérations garanties ne peut être efficacement mise en œuvre sans la création d'un registre des sûretés réelles mobilières accessible au public, par ailleurs, le *Guide* ne traite pas la multitude de questions devant être traitées et résolues.
44. **M. Umarji** (Inde) déclare que sa délégation est d'accord pour que la priorité soit donnée au sujet B. Après la finalisation du *Guide*, les États adoptants devront moderniser leur droit des opérations garanties; la plupart des États disposant d'ores et déjà d'un système d'inscription, il est primordial de déterminer comment mettre en place un nouveau système et le rendre opérationnel.
45. **M. Wiegand** (observateur de la Suisse), et **M. Tosato** (Italie) font part de leur appui aux commentaires des représentants de l'Inde et des États-Unis d'Amérique.
46. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que sa délégation attache une grande importance au sujet B, non seulement par rapport au *Guide* et son supplément, mais aussi parce que les travaux sur le sujet aideront à renforcer la Convention sur les créances.
47. **M^{me} Umoren** (Nigéria) déclare que sa délégation partage le point de vue selon lequel la Commission ne doit pas tenir compte des travaux d'UNIDROIT; la tâche de la Commission est d'harmoniser le droit, et elle harmonisera ses travaux avec UNIDROIT le moment venu. Le sujet B est primordial car sans la création d'un système de registre accessible au public, le *Guide* lui-même serait incomplet.
48. **M. Son Seoung-woo** (République de Corée) déclare que sa délégation est d'accord sur la priorité à donner au sujet B.
49. **La Présidente** dit qu'elle considère que la Commission estime que le prochain sujet pour le Groupe de travail VI doit être la préparation d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Elle demande s'il y a des objections aux lignes directrices exposées au paragraphe 67 du document A/CN.9/702.
50. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare que sa délégation n'a aucune objection au contenu de ce paragraphe, et appuie le point de vue déjà exposé sur le fait d'accorder la priorité au sujet B. Il est néanmoins important que les travaux futurs de la Commission ne fassent pas double emploi avec des travaux déjà entrepris, et n'entrent pas en conflit avec les dispositions de la Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.
51. **La Présidente** déclare que le registre du Cap est un registre international de nature spécifique; il serait plus utile que la Commission se concentre sur les travaux effectués dans un contexte national ou régional.
52. **M^{me} Walsh** (Canada) déclare que le registre des aéronefs créé aux termes de la Convention du Cap est très différent d'un registre de sûretés réelles mobilières. Si certains aspects opérationnels du registre du Cap peuvent fournir une orientation à la Commission, le champ d'application d'un registre des sûretés est beaucoup plus ample.
53. **M. Brennan** (Independent Film and Television Alliance) déclare qu'en ce qui concerne le sujet E, il serait bon de demander au secrétariat de préparer un document sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle pour que la Commission puisse voir ce qu'un tel projet suppose.
54. **M. Agthe** (Association internationale des marques) déclare que les membres de l'Association internationale des marques ont réagi de manière très sceptique à l'idée que la Commission prépare un texte sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle. Néanmoins, certains sujets méritent considération, il est donc d'accord pour une étude plus poussée.
55. **M. Umarji** (Inde) déclare qu'il est important de déterminer le genre de droit de propriété généré lorsqu'une licence est accordée, et si le preneur de licence peut se servir de cette licence pour garantir un prêt.
56. **M^{me} Longcroft** (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) déclare que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est contre l'idée que la Commission prenne en charge le sujet E sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle à cause des différences de nature sur le marché de la technologie, la complexité et la rapidité

de l'évolution des technologies, la sensibilité des questions relatives à l'octroi de licences de technologie dans certains secteurs, et le manque d'expertise de la Commission dans ces secteurs. Dans un contexte où les ressources sont limitées, le défi consiste à éviter les doublons et à trouver la manière d'avancer la plus efficace.

La séance est levée à 18 heures.

**Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la
CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières
grevant des propriétés intellectuelles (suite)**

**Compte rendu analytique de la 915^e séance tenue au Siège,
à New York, le mercredi 30 juin 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.915]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 10 h 15.

**Travaux futurs possibles dans le domaine
des sûretés (suite) (A/CN.9/702 et Add.1)**

1. **La Présidente** déclare que, lors de la séance précédente, les membres ont manifesté un certain intérêt pour tous les thèmes d'éventuels travaux à venir, proposés dans les documents A/CN.9/702 et Add.1. Cependant, en ce qui concerne l'octroi de licences de propriété intellectuelle, divers membres et observateurs – y compris la représentante de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) – ont exprimé des réserves quant à l'éventualité de voir la Commission entreprendre des travaux sur le thème des sûretés, et certains ont même proposé la suppression totale de ce sujet dans l'ordre du jour.
2. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) déclare que, lors de la précédente séance, les représentants de l'OMPI et de l'Association internationale des marques ont formulé des réserves quant à l'éventualité de futurs travaux sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle – possibilité envisagée par la note du Secrétariat (A/CN.9/702/Add.1). Étant donné que l'OMPI est la principale institution des Nations Unies possédant une expertise en matière de législation et de politique relatives à la propriété intellectuelle, la Commission serait tout à fait avisée de considérer le point de vue de cette institution.
3. La grande diversité des technologies utilisées pour l'octroi de licences de propriété intellectuelle rendrait impossible tout projet sensé pouvant avoir l'ampleur envisagée; les traditions et pratiques d'octroi de licences en matière de logiciels destinés aux usagers – pour ne prendre qu'un seul exemple – sont très différentes de celles que l'on peut observer dans le monde du cinéma ou en liaison avec les brevets de biotechnologie. En fait, la tentative qui a eu lieu aux États-Unis, dans les années 1990, en vue d'élaborer une seule et unique législation sur la propriété intellectuelle a été un échec total; et les enseignements tirés de cette expérience seraient sans doute applicables à d'autres pays. Par conséquent, la délégation des États-Unis d'Amérique est d'accord avec l'OMPI et l'Association internationale des marques pour dire qu'un projet d'aussi grande ampleur que celui proposé dans le document A/CN.9/702/Add.1 ne serait pas une manière intelligente d'utiliser les ressources de la Commission.
4. Si la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle est maintenue à l'ordre du jour de la Commission, la délégation des États-Unis pourrait être favorable à l'examen d'un projet concurrent, qui déterminerait si certaines questions spécifiques pourraient être un sujet d'étude approprié pour la Commission, à l'avenir. L'une de ces "pistes" pourrait être celle du statut des licences de propriété intellectuelle dans le cadre des opérations garanties, tel qu'il a été évoqué par le représentant de l'Inde lors de la précédente séance.
5. **M. Tosato** (Italie) déclare approuver le point de vue du représentant des États-Unis d'Amérique, et se dit lui-même favorable à l'élaboration d'un projet concurrent – de moindre envergure. Dans cette perspective plus limitée, il semble raisonnable d'étudier la possibilité d'un défaut du marché ou des instruments juridiques en matière de pratiques spécifiques d'octroi de licences.
6. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que la Commission devrait veiller à ne pas supprimer de son ordre du jour un sujet qui n'ait été totalement examiné au préalable. Le fait de maintenir à l'ordre du jour la question des licences de propriété intellectuelle ne signifierait pas pour autant que la Commission doive

en faire une priorité absolue; cela indiquerait tout simplement l'intérêt de la Commission pour le sujet et sa volonté de laisser ouvert l'examen de cette question à l'avenir. Quant à la manière d'aborder la question, c'est un sujet en soi, tout à fait différent. La Commission pourrait, par exemple, envisager une collaboration avec l'OMPI et d'autres institutions pertinentes des Nations Unies dans ce domaine.

7. **M. Monardes** (Chili) déclare approuver la position de l'OMPI et ajoute que la Commission n'est pas le cadre adéquat pour l'examen des questions d'octroi de licences de propriété intellectuelle.

8. **La Présidente** propose – étant donné la diversité des opinions exprimées, et, en particulier, les doutes de l'OMPI dans ce domaine – que la Commission demande au secrétariat de travailler à une étude de faisabilité concernant exclusivement l'octroi de licences de propriété intellectuelle dans le cadre d'opérations garanties, et ce, afin d'aider précisément la Commission à déterminer si elle doit se préoccuper de cette question à l'avenir. L'étude de faisabilité concernée devrait se faire dans la stricte limite des moyens disponibles – ce qui pourrait signifier un échelonnement sur plusieurs années, étant donné les autres priorités de la Commission.

9. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) demande si la Commission souhaite déterminer dès maintenant si l'étude proposée doit se limiter aux droits des preneurs de licence en liaison avec le crédit, ou si elle souhaite confier au secrétariat une étude de plus grande ampleur, permettant d'identifier et de proposer d'autres projets, plus restreints, en matière d'octroi de licences de propriété intellectuelle.

10. **M. Umarji** (Inde) déclare que le secrétariat pourrait s'intéresser à toute question liée à celle des sûretés en matière de droits de propriété intellectuelle et pouvant se poser au cours de l'étude.

11. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) déclare que l'étude concernée devrait se limiter au sujet spécifique proposé par la Présidente, car l'examen de cette question exigerait à lui seul des moyens très importants de la part du secrétariat. Par conséquent, pour le moment, le secrétariat ne devrait pas partir dans des directions supplémentaires, en matière de licences de propriété intellectuelle.

12. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare qu'à l'instar de l'approche adoptée pour d'autres sujets, l'étude des licences de propriété intellectuelle devrait avoir une dimension assez importante, de manière à permettre au secrétariat d'identifier en toute liberté les questions pouvant faire l'objet de futurs travaux. Il serait artificiel de restreindre le champ de l'étude en question. Toutefois – reconnaît le délégué espagnol –, il est fort possible qu'une étude de grande envergure ne soit pas réalisable avant plusieurs années – faute de moyens.

13. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) déclare que, sur la base des préoccupations formulées, le secrétariat devrait se montrer très prudent sur le sujet; et, comme d'autres l'ont déjà indiqué, le secrétariat ne pourrait entreprendre une telle étude que dans la limite des moyens disponibles. Selon sa tradition, le secrétariat devrait d'abord organiser un séminaire ou un colloque en vue d'écouter les arguments des experts – avant de définir éventuellement des domaines plus spécifiques sur lesquels on pourrait s'accorder quant à une future étude; d'ailleurs, on pourrait aussi, à l'inverse, s'accorder sur l'impossibilité d'étudier des domaines spécifiques. Toute la question est de savoir si la Commission souhaite suivre le processus que nous venons de décrire, ou si elle a l'intention, dès le départ, de fixer des limites très strictes à l'étude en question. Notant que la question des droits de preneurs de licence en liaison avec un crédit a été abordée dans le Supplément que la Commission vient d'adopter, M. Bazinas demande des précisions – à savoir la proposition de futurs travaux revient, fondamentalement, à suggérer un nouvel examen de la question du financement des propriétés intellectuelles.

14. **M^{me} Walsh** (Canada) déclare que, comme cela vient d'être souligné, le "Supplément" traite dans le détail de l'application du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* à l'utilisation des droits du preneur et du donneur de licence en tant que sûreté. Par conséquent, la délégation canadienne se demande si cette question peut encore faire l'objet de travaux significatifs.

15. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) déclare avoir cru comprendre qu'il existait un certain consensus sur le fait que la question du recours aux droits du preneur et du donneur de licence en tant que sûreté dans le cadre d'une opération garantie pouvait

légitimement faire l'objet d'une étude comparative et d'un projet délibérément restreint. Toutefois, M. Hughes prend note des préoccupations exprimées, à cet égard, par la représentante du Canada.

16. En revanche, M. Hughes n'est pas d'accord avec le délégué de l'Espagne pour dire que le fait de réduire le champ de l'étude serait une démarche totalement artificielle. Après tout, quel que soit le projet d'étude, il est tout à fait normal de définir un thème central. Par conséquent, en ce qui concerne le projet d'étude en question, il conviendrait tout d'abord d'en déterminer le thème central; puis, à mesure du déroulement de l'étude, le secrétariat pourrait définir des sujets d'intérêt complémentaires.

17. Concernant la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle, il importe de définir tout d'abord s'il y a une véritable nécessité d'agir – avant d'identifier d'éventuels sujets d'étude. En fait, on a beaucoup parlé d'éventuels travaux, mais beaucoup moins d'une nécessité en la matière. Dans ce domaine de la propriété intellectuelle, aucune des instances concernées n'a vraiment identifié de questions de licence auxquelles la Commission devrait s'atteler de toute urgence. En fait, les deux seules instances présentes à la session actuelle se sont déclarées préoccupées par un éventuel projet de grande ampleur de la Commission, dans ce domaine. Par conséquent – conclut le délégué des États-Unis –, la délégation américaine ne peut être favorable à un projet de ce type.

18. **La Présidente** déclare qu'il apparaît assez clairement que la Commission doit être plus amplement informée sur la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle avant de décider s'il y a lieu d'envisager de nouveaux travaux dans ce domaine. La Présidente propose au secrétariat de suivre sa voie habituelle – dans la limite des ressources disponibles –, consistant à organiser des réunions d'experts et à recueillir ainsi des informations pouvant être intégrées à un rapport à remettre à la Commission; et ce document définirait éventuellement des pistes de travail nécessaires dans tel ou tel domaine spécifique.

19. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) déclare que la délégation chinoise est favorable à cette dernière approche.

20. **M. Morán Bovio** (Espagne) se déclare également favorable à cette approche. Le délégué espagnol considère qu'il importe d'étudier la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle sans y fixer des limites.

21. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) déclare – au sujet de la proposition contenue dans la note du Secrétariat (A/CN.9/702/Add.1, par. 47) – qu'un groupe de travail pourrait élaborer un texte sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle, et que, s'il existe effectivement un certain nombre d'instruments dans ce domaine, ils traitent tous de questions techniques et non pas des aspects juridiques. Or, comme il a déjà été dit, l'octroi de licences de propriété intellectuelle se situe entre le domaine de la propriété intellectuelle proprement dit et celui du droit contractuel.

22. Cependant, il reste à savoir si la Commission est l'instance appropriée pour remédier au déficit juridique en la matière. Le mandat de la Commission se limite à l'harmonisation du droit commercial – et c'est d'ailleurs dans ce domaine qu'elle est la plus compétente; en fait, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle serait un cadre plus approprié pour le traitement des aspects juridiques. Certes, la Commission a déjà abordé certains aspects de la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle – dans la mesure où ces éléments relevaient de ses compétences; mais, si la Commission devait traiter de toutes les composantes de cette question, cela créerait une certaine confusion au sein du système international, car on pourrait alors se demander quel est le forum le plus approprié en la matière.

23. Enfin, le délégué de Singapour est d'accord avec le représentant des États-Unis d'Amérique pour dire que la Commission devrait se concentrer sur l'action véritablement nécessaire dans ce domaine, et non pas sur les différentes possibilités qui s'offrent à nous; en fait, il n'y a même aucune urgence à traiter la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle – et, a fortiori, aucune urgence pour la Commission, dans ce domaine. Si l'on devait s'intéresser à certains domaines en particulier plutôt qu'aux questions qu'il faut véritablement résoudre, ce serait un pur et simple gaspillage de nos ressources, déjà limitées.

24. **M^{me} Hu Shengtao** (Chine) est d'accord pour dire qu'il faut déterminer si la question de l'octroi de

licences de propriété intellectuelle relève ou non du mandat de la Commission. Certes, on peut considérer que ce problème est de nature commerciale, et que, par conséquent, il relève du mandat de la Commission. L'OMPI a effectivement travaillé sur cette question, mais en se concentrant sur le problème des droits des propriétaires et celui des structures de gestion de la propriété intellectuelle aux niveaux national et international. Or, ces éléments du problème ne sont nullement liés aux questions de commerce international.

25. **La Présidente** réaffirme que, vu la diversité des opinions exprimées, la Commission doit disposer d'informations complémentaires. De toute évidence, la communauté concernée par les questions de propriété intellectuelle et les États ont un certain nombre de préoccupations dans ce domaine. Il conviendrait de confier au secrétariat une étude et l'élaboration d'un rapport, qui serait présenté à la Commission en temps opportun: ce processus permettrait de déterminer si la Commission peut agir dans ce domaine, et, si tel est le cas, dans quelle direction et avec quelle utilité.

26. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) déclare que la Commission doit toujours se rappeler que ses travaux relatifs à la propriété intellectuelle concernent les transactions garanties, et que ce domaine est, de toute évidence, lié aux questions commerciales: il y a, en effet, un lien tout à fait clair entre les opérations garanties, la propriété intellectuelle et le commerce international. En ce qui concerne la réalisation d'une étude dans ce domaine, il faut dire qu'une étude globale des aspects juridiques de l'octroi de licences de propriété intellectuelle serait un travail beaucoup trop vaste. La Commission devrait, au contraire, définir très étroitement son champ d'action.

27. **La Présidente** déclare qu'il pourrait y avoir une étude des aspects juridiques des licences de propriété intellectuelle, car cela permettrait d'identifier des thèmes très précis sur lesquels la Commission pourrait travailler à l'avenir. La question que la Commission doit résoudre à l'heure actuelle n'est pas tant celle de l'harmonisation du droit relatif à l'octroi de licences de propriété intellectuelle que celle de la définition d'éventuels problèmes très spécifiques que la Commission pourrait étudier, dans ce domaine.

28. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) considère qu'une telle démarche reviendrait à différer la décision concernant l'éventuelle compétence de la Commission

en ce qui concerne la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle. Dès lors, on pourrait envisager une étude sur les aspects juridiques de la question de l'octroi de licences de propriété intellectuelle, en vue d'identifier les modalités de promotion du commerce international; et ce type d'étude s'inscrirait tout naturellement dans le mandat de la Commission.

29. **La Présidente** déclare qu'il est acquis que la Commission ne doit pas opérer en dehors de son mandat. Le point essentiel est de reconnaître que la Commission a besoin d'informations complémentaires pour pouvoir décider si elle entreprend ou non certains travaux spécifiques. À cet égard, le secrétariat doit consulter des experts.

30. **M. Umarji** (Inde) déclare que l'octroi de licences est en soi un processus commercial au niveau international, et à très grande échelle – notamment en ce qui concerne les logiciels. Par conséquent, il relève bel et bien du mandat de la Commission d'identifier les questions sur lesquelles il faudra encore travailler à l'avenir.

31. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) est d'accord avec le représentant de Singapour au sujet de la portée de l'étude à entreprendre. Tout mandat, quel qu'il soit, doit être principalement consacré à la définition des éléments les plus utiles. Quant aux experts à consulter, ils doivent être des professionnels du secteur de la propriété intellectuelle.

32. **M. Bellenger** (France) déclare qu'en premier lieu, on pourrait demander aux États de formuler leur point de vue par écrit au sujet du champ de l'étude concernée. Dans ce domaine, la délégation française n'a pas encore mené de réflexion suffisamment approfondie.

33. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) se félicite du fait que la Commission ait toujours été mandatée pour harmoniser et uniformiser le droit commercial international, dans le but de résoudre des problèmes spécifiques et concrets dans un laps de temps raisonnable. Dès sa création, la Commission s'est posé les questions d'opportunité, de nécessité, de spécificité de certains problèmes et de faisabilité. Le fait de demander aux États leur avis par le biais d'un questionnaire peut avoir son utilité à condition que les États jouent effectivement le jeu. Si l'on n'obtient les réponses que de quelques États

seulement, et dans des délais relativement longs, le tableau ne sera pas complet.

34. Toute étude portant sur l'opportunité des problèmes et la faisabilité des solutions – étude devant se faire dans la limite des moyens disponibles, et en vue de définir des problèmes très précis en matière de commerce international, d'octroi de licences de propriété intellectuelle et de droit contractuel – apporterait des informations qui relèveraient à la fois du mandat de la Commission et de celui d'autres organisations: ce fut le cas en matière d'opérations garanties, d'opérations garanties en liaison avec la question de l'insolvabilité, ou encore dans le cadre d'UNIDROIT (Protocole relatif aux questions spécifiques d'équipement aéronautique de l'Institut international pour l'unification du droit privé). Il est effectivement des questions qui peuvent s'inscrire dans le mandat de plusieurs organisations à la fois; par conséquent, dans de tels cas, la coopération de ces différentes instances peut se révéler utile. Cela n'empêcherait pas sur le mandat de l'OMPI.

35. **La Présidente** déclare que les États membres devraient être invités à présenter leur point de vue au sujet de l'octroi de licences de propriété intellectuelle. Le secrétariat procéderait à une étude, qui permettrait à la Commission de décider – sur la base des informations obtenues – si elle doit ou non agir.

36. **La Présidente** attire l'attention de la Commission sur la section F des textes de la CNUDCI relatifs à la mise en œuvre d'opérations garanties (dans le cadre de la note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés – A/CN.9/702 et Add.1); la Présidente ajoute que la Commission a achevé l'examen de cette note.

La séance est suspendue à 11 h 30; elle est reprise à 11 h 55.

Finalisation et adoption d'un projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés mobilières réelles grevant des propriétés intellectuelles (suite)
(A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.6 et 7)

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.6

37. **La Présidente** invite la Commission à adopter le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.6.

38. **M. Macdonald** (Canada) rappelle que, suite à l'examen des paragraphes 43 à 47 du document A/CN.9/700/Add.5, la Commission a autorisé le secrétariat à apporter des modifications éditoriales. En conséquence, le délégué canadien propose l'ajout de la phrase suivante (avant l'avant-dernière phrase du paragraphe 18 du document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.6): "Le secrétariat a été autorisé à apporter les modifications éditoriales nécessaires."

39. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.6, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.7

40. **La Présidente** invite la Commission à adopter le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.7.

41. **M. Deschamps** (Canada) déclare que, dans la liste de variantes de la recommandation 248 proposées au paragraphe 1, la variante G – adoptée dans le cadre d'une version révisée – n'est pas présentée de la même manière que les autres variantes. Par conséquent, le délégué canadien propose la présentation suivante de la version révisée de la recommandation (figurant au paragraphe 9 et également reproduite à l'annexe II):

"La loi devrait prévoir que:

a) La loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière en matière de propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée;

b) Une sûreté sur une propriété intellectuelle peut également être créée dans le cadre de la loi de l'État de situation du constituant, et être rendue opposable à toute autre tierce partie qu'un créancier garanti, un bénéficiaire de transfert ou un preneur de licence;

c) La loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière en matière de propriété intellectuelle est la loi de l'État de situation du constituant."

42. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international) déclare qu'à la troisième ligne du paragraphe 10, on a omis le mot "also" (également) entre les mots "could" et "be" ("pourrait" et "être"); il conviendrait d'insérer le mot "also" à cet endroit (dans

la version française, le mot en question (“également”) se situerait plutôt après “pourrait être”).

43. **M. Cohen** (États-Unis d’Amérique) déclare que la délégation américaine croit avoir compris que la Commission avait autorisé le secrétariat à apporter des modifications plus importantes à la note que n’en contient l’actuel paragraphe 13. M. Cohen propose, par conséquent, de formuler l’alinéa a) comme suit: “il conviendrait de revoir l’analyse des approches possibles afin de rendre compte de l’adoption par la Commission de la variante G révisée et des raisons de cette décision”.

44. **La Présidente** considère que la Commission souhaite adopter les modifications en question.

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.7, tel que modifié oralement, est adopté.*

La séance est levée à 12 h 15.

**Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage
de la CNUDCI (suite)**

**Compte rendu analytique de la 916^e séance tenue au Siège,
à New York, le mercredi 30 juin 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.916]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 15 h 15.

**Travaux futurs possibles dans le domaine des
sûretés (suite)**

1. **M. Bazinas** (Division du droit commercial international, Bureau des affaires juridiques) lit un rapport verbal sur l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle:

“1. La Commission a ensuite examiné la question de l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle, un sujet qui se trouve en un point de convergence entre le droit de la propriété intellectuelle et celui régissant les contrats. Beaucoup pensaient que la Commission n'avait pas d'éléments suffisants pour prendre de décision quant à la pertinence et à la faisabilité d'un travail sur ce sujet. La Commission a donc envisagé de prier le Secrétariat de faire une étude sur la pertinence et la faisabilité, qui déterminerait les besoins concrets et préconiserait des façons précises de s'y attaquer au moyen d'un texte juridique que la Commission pourrait préparer afin de balayer tous les obstacles juridiques dans la pratique l'octroi de licence en matière de propriété intellectuelle qui entravent le développement du commerce international.

2. Des vues divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle relevait de la compétence de la Commission et donc si cette dernière pouvait entreprendre des travaux à cet égard. Selon une opinion, cette question relevait de la compétence de la Commission dans la mesure où l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle comportait des aspects contractuels et constituait une part importante du

commerce international. Selon un autre point de vue, l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle constituait un sujet qui avait purement trait au droit de la propriété intellectuelle et relevait de la compétence d'autres organismes tels que l'OMPI. À la suite d'un débat, la Commission est convenue que l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle était une question relevant tant du droit de la propriété intellectuelle que du droit commercial. Donc, puisqu'il relevait de la Commission, cette dernière devait mener toute son activité dans ce domaine de concert avec d'autres organisations, comme l'OMPI, par exemple.

3. Des divergences se sont aussi manifestées quant à la portée d'une étude que le Secrétariat devait préparer. Selon certains, cette étude devrait porter sur la pertinence et la faisabilité des travaux afférents à diverses questions relatives à l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle. L'on a déclaré qu'il ne fallait pas préjuger du résultat de l'étude. En effet, il se pourrait bien, comme on l'a fait remarquer à cet égard, que l'étude conclue que le travail était à la fois nécessaire et possible dans un domaine étroit, ou même qu'il n'était ni nécessaire ni possible. De plus, l'on a signalé que le Secrétariat avait de l'expérience dans la préparation de ces études dans le cadre d'un processus soigneux, ouvert et délibéré, prévoyant des réunions de groupes d'experts, des colloques et des séminaires. Par ailleurs, le Secrétariat avait tout lieu de présumer que ce processus donnerait le meilleur résultat possible, tout à fait acceptable en vue d'un examen de la Commission. L'on a dit, en outre, que l'étude devait aussi se faire en tenant compte des ressources existantes, et que d'autres travaux

constituaient des priorités, si bien qu'il faudrait mettre probablement un certain temps avant que le Secrétariat puisse l'accomplir.

4. Selon un autre point de vue, l'étude devrait porter sur un domaine restreint relié aux transactions sécurisées, comme, par exemple, la question de savoir si les droits du titulaire de licence peuvent servir de sûreté pour obtenir du crédit et, dans ce cas, quels droits exactement, et à quelles conditions. Il a été déclaré qu'à défaut d'indication précise d'un besoin concret, l'on ne garantissait nullement qu'un travail puisse avoir une portée plus large. L'on a aussi fait remarquer que l'expérience acquise dans l'octroi de licences de licences en matière de propriété intellectuelle au niveau national conduisait à penser que ce travail n'était ni souhaitable ni faisable. L'on a souligné, à cet égard, que les questions soulevées quant à l'octroi de brevets étaient différentes de celles découlant de la concession de copyright. L'on a signalé que même dans le domaine de la concession de copyright, les questions qui se posaient au sujet de l'octroi de licences de logiciels étaient différentes des celles qui avaient trait aux droits relatifs aux films ou aux droits musicaux. En outre, l'on a dit que les difficultés se multiplieraient à l'échelle internationale en raison des grandes divergences existant entre les divers systèmes juridiques. Certains présents ont déclaré douter que ce sujet mérite que l'on s'en préoccupe davantage, notamment en raison du travail effectué par la Commission dans le supplément au projet.

5. Après un débat, la Commission a demandé au Secrétariat de faire, compte tenu des ressources existantes, une étude qui porterait sur certains sujets et de débattre s'il était pertinent et faisable que la Commission prépare un texte juridique afin d'éliminer certains obstacles au commerce international concernant l'octroi des licences relatives aux usages en matière de propriété intellectuelle. Les présents ont estimé, généralement, que l'étude devait déterminer les besoins concrets et les moyens qui permettraient à un texte juridique préparé par la Commission de répondre à ces besoins. Cette étude devrait aussi déterminer soigneusement l'à-propos et la portée des travaux destinés à faciliter l'examen

du sujet par la Commission lors d'une session ultérieure. Les présents sont aussi convenus que le Secrétariat devrait consulter des experts qui ont une grande expérience de l'octroi des licences en matière de propriété intellectuelle, en provenance des secteurs public et privé, y compris des organisations internationales pertinentes, telles que l'OMPI. Le Secrétariat devrait aussi envisager d'envoyer un questionnaire aux États afin d'évaluer les besoins et les moyens à employer pour répondre à ces besoins."

2. **M. Hughes** (États-Unis d'Amérique) propose de changer: au paragraphe 2, les mots "qui avait purement trait au" par: "plus adéquatement considéré comme relevant du" car l'on a déjà déclaré que ce sujet se trouve en un point de convergence entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit régissant les contrats; au paragraphe 3, les mots "avait tout lieu de présumer" par "présumait"; et au paragraphe 5, il faut ajouter après les mots "secteurs public et privé, y compris" le membre de phrase "ceux qui recourent à l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle dans leur propres pratiques commerciales, et".

3. *Le rapport verbal sur l'octroi de licences en matière de propriété intellectuelle ainsi modifié est adopté.*

Finalisation et adoption d'une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (suite)
(A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.5)

4. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que depuis l'adoption de la décision reproduite à la section C, paragraphe 1 de l'additif du projet de rapport (A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.5), l'on a signalé qu'il conviendrait d'appeler l'attention sur l'utilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin de promouvoir la primauté du droit. L'on pourrait insérer pour y parvenir un nouvel alinéa après le quatrième alinéa du préambule ainsi rédigé: "Conscient de l'apport important que constitue le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour renforcer la primauté du droit dans les relations commerciales internationales ainsi que dans certaines relations entre États"; de plus, à la fin du septième alinéa du préambule, il faudrait ajouter: "et pour renforcer constamment la primauté du droit".

5. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation a eu l'impression que les délégations ont un peu hésité à entériner l'idée que le Groupe de travail s'occupe des questions dont il est fait mention au paragraphe 5 de la partie E; il propose donc de remplacer les mots: "devrait également entreprendre" par: "pourrait envisager d'entreprendre". Sa délégation n'est pas d'accord pour faire mention du renforcement de la primauté du droit dans le projet de décision car cette question a plutôt trait au droit interne.

6. **M. Tosato** (Italie) déclare que sa délégation estime que le projet de rapport doit refléter la teneur du débat qui a eu lieu; il est donc surpris de constater que l'on propose des modifications qui semblent porter sur le fond du débat.

7. **M. Chan** (Singapour) suggère de reporter l'examen du rapport à la fin de la semaine prochaine pour que l'on ait le temps de faire des consultations. Sa délégation n'est pas du tout d'accord avec l'observation du représentant de la France sur la primauté du droit, laquelle, s'applique, de l'avis de l'orateur, plus aux relations interétatiques qu'au droit interne, car sinon la force l'emporterait sur le droit, et le fort l'emporterait sur le faible.

8. **La Présidente** dit que comme le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.5 vient juste d'être publié, la Commission décide d'attendre la fin de la semaine suivante pour l'examiner.

La séance est levée à 16 h 5.

**Finalisation et adoption de la troisième partie du Guide législatif de la
CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité consacrée au traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité**

**Compte rendu analytique de la 917^e séance tenue au Siège,
à New York, le jeudi 1^{er} juillet 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.917]

Présidente: M^{me} Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

Ensuite: M. Wisitsora-at (Vice-Président) (Thaïlande)

La séance est ouverte à 10 h 15.

Élection du Bureau (suite)

1. **La Présidente** déclare que la délégation du Japon, au nom du Groupe d'Asie, appuyée par la délégation de Singapour, propose M. Wisitsora-at (Thaïlande) comme Vice-Président pour la quarante-troisième session de la Commission.

2. *M. Wisitsora-at (Thaïlande) est nommé Vice-Président par acclamation et prend la présidence.*

**Finalisation et adoption de la troisième partie
du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit
de l'insolvabilité consacrée au traitement
des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité**
(A/CN.9/699 et Add.1 à 4, et A/CN.9/708;
A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1)

3. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) déclare que la Commission a devant elle les documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1, exposant le projet de commentaire et les projets de recommandations de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, ainsi que le document A/CN.9/708, qui contient les modifications et ajouts à ce projet, ainsi qu'un certain nombre d'autres documents contenant des commentaires émis par des États et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales (A/CN.9/699 et Add.1 à 4).

Document A/CN.9/WG.V/WP.92

4. **Le Président** déclare que s'il n'y a pas d'objection, il suppose que la Commission souhaite

adopter A/CN.9/WG.V/WP.92, tel que révisé par le document A/CN.9/708.

5. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) attire tout particulièrement l'attention sur le texte proposé dans le texte révisé pour le paragraphe 26.

6. *Le document A/CN.9/WG.V/WP.92, tel que révisé par le document A/CN.9/708, est adopté.*

Document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1

7. **M. Boulos** (Égypte) suggère de remplacer "may" par "will" au paragraphe 28, ligne 3, de la version en anglais car, une fois une communication enregistrée, elle fait forcément partie du compte rendu.

8. **Le Président** déclare que pour autant qu'il se rappelle, le fait d'adopter "may" résultait d'un compromis: dans certains pays, les communications ne font pas forcément partie du compte rendu. Si les termes devaient être changés dans ce paragraphe, ils devraient l'être également dans le paragraphe 243 d).

9. **M. Cooper** [observateur de l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)] déclare que lors du colloque judiciaire il a été dit que dans certains pays, on s'inquiétait de la communication entre tribunaux. Il semble y avoir consensus sur le fait que lorsqu'il existe des procédures parallèles dans deux pays, par opposition à des audiences conjointes, les comptes rendus seront établis selon les règles en vigueur dans les tribunaux de ces pays. C'est pourquoi il est préférable de conserver le libellé original.

10. **M. Lifland** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Ghia** (Italie), déclare que la question est d'ordre national, déterminée par chaque pays. Le libellé doit

par conséquent demeurer inchangé de manière à assurer le plus de flexibilité possible.

11. **Le Président** déclare qu'il croit comprendre que personne ne soutient la proposition égyptienne.

12. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) déclare que le Groupe de travail a proposé des changements après avoir révisé le document. À la fin de la recommandation 248, après "members of that enterprise group", et à la fin de la recommandation 242, après "enterprise group", il faut ajouter: "to facilitate coordination of those proceedings"; et au paragraphe 243 c), supprimer "and claims".

13. **Le Président** déclare qu'il croit comprendre que la Commission approuve ces changements.

14. *Le document A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1, tel que révisé par le document A/CN.9/708 et tel que modifié oralement, est adopté.*

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à midi.

Projet de décision sur l'adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/XLIII/CRP.6)

15. **Le Président** attire l'attention sur le projet de décision figurant dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.6, lequel, une fois adopté, figurera dans la troisième partie du Guide.

16. **M. Morán Bovio** (Espagne), concernant la version espagnole du texte, déclare que le terme "quebrar" dans le troisième alinéa du préambule n'est peut-être pas le terme le plus approprié pour traduire le terme anglais "fail".

17. **M. Bellenger** (France), concernant la version française du texte, déclare que l'expression "sujet de droit" dans le quatrième alinéa du préambule devrait être remplacée par une expression comme "entité juridique", qui est plus proche de "legal entity" dans la version anglaise.

18. **Le Président** suggère que le secrétariat s'occupe de la révision des versions française et espagnole en conséquence.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) suggère d'ajouter un nouvel alinéa 5 dont le libellé pourrait être le suivant: "*Recommande également* que tous les États envisagent la mise en application et recourent au Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale."

21. **M. Morán Bovio** (Espagne), saluant la proposition des États-Unis dans le principe, déclare que le Guide pratique ne peut pas être "mis en application" en tant que tel car ce n'est pas un texte débouchant sur des initiatives législatives, mais visant plutôt à servir de base à des négociations entre parties dans des procédures d'insolvabilité internationale. Il pourrait s'avérer plus simple d'attirer l'attention sur le Guide pratique ou de recommander que les États le prennent en considération le cas échéant.

22. **Le Président** suggère que la formulation du nouveau paragraphe proposé se base sur le paragraphe 3 de la résolution 64/112 de l'Assemblée générale qui recommande que le Guide pratique soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité, et les parties engagées dans une procédure d'insolvabilité internationale.

23. **M. Oh Soo-geun** (République de Corée) exprime son soutien à l'inclusion d'un paragraphe additionnel si toutefois le libellé approprié était trouvé. Peut-être pourrait-on accepter de faire référence à une "utilisation" du Guide pratique.

24. **M^{me} Leblanc** (Canada) déclare que sa délégation soutient la proposition des États-Unis; néanmoins, elle partage les préoccupations exprimées par le représentant de l'Espagne. Elle propose le libellé suivant pour un nouvel alinéa 5: "*Recommande également* que tous les États continuent à encourager que l'on se réfère et l'on se serve, le cas échéant, du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale."

25. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni), appuyée par **M^{me} Smyth** (Australie), convient qu'il est important de saisir l'occasion de rappeler aux États membres l'existence du Guide pratique. Sa délégation préfère le libellé s'appuyant sur la résolution 64/112, comme le suggère le Président.

26. **Le Président** suggère le libellé suivant pour le nouvel alinéa 5: "*Recommande également* que le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en

matière d'insolvabilité internationale continue d'être pris dûment en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité, et les parties engagées dans une procédure d'insolvabilité internationale."

27. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) déclare souscrire à cette proposition.

28. *Le projet de décision figurant dans le document A/CN.9/XLIII/CRP.6, tel que modifié, est adopté.*

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/582/Add.6, A/CN.9/691 et A/CN.9/709; A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6)

29. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) déclare que le Groupe de travail V dans son rapport sur la trente-huitième session (A/CN.9/691), recommande que les travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité: une proposition des États-Unis d'Amérique sur la Loi type sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, et l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1); ainsi que les propositions du Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), d'INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3), et de l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6) sur les responsabilités des administrateurs et dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité. Le Groupe de travail a également suggéré que l'on demande au secrétariat de surveiller les travaux relatifs à l'insolvabilité internationale dans les cas concernant de grandes institutions financières. La Suisse a présenté une proposition dans ce sens (A/CN.9/709).

30. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) note que les propositions du Groupe de travail V sur la responsabilité des administrateurs et dirigeants, mises en avant par sa propre délégation en ce qui concerne le droit international de l'insolvabilité, ont trouvé un accueil très favorable. Sa délégation appuie les recommandations faites à cet égard.

31. **M. Schoefisch** (Allemagne) déclare que les responsabilités des administrateurs et dirigeants ont davantage à voir avec le droit des responsabilités qu'avec le droit de l'insolvabilité, et ne devraient donc pas faire l'objet de débats devant la Commission. Néanmoins, sa délégation appuie la proposition des

États-Unis en ce qui concerne le centre des intérêts principaux et les possibles développements des principes y afférents.

32. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que sa délégation approuve inconditionnellement les points de vue exprimés par le représentant de l'Allemagne. Il est difficile de déterminer le but des responsabilités des administrateurs et dirigeants en général, et dans les situations d'insolvabilité en particulier. Il n'est pas possible de ne tenir compte de la situation qu'au moment de la banqueroute; il faut l'envisager pendant une période indéterminée avant l'insolvabilité, période au cours de laquelle la responsabilité des administrateurs et dirigeants doit être également prise en compte, car elle est aussi importante que pendant la période d'insolvabilité. Il est difficile de fixer des limites. Néanmoins, sa délégation saisit toute la valeur de la proposition des États-Unis.

33. **M. Kuhn** (observateur de la Suisse) remarque que la proposition de sa délégation en faveur d'une étude sur l'insolvabilité affectant les grandes institutions financières n'a pas rencontré jusqu'à présent suffisamment d'appui pour faire partie de l'ordre du jour de la Commission, et que les questions corollaires de politique sont en cours d'examen devant d'autres organismes. La proposition préconise une étude focalisée sur la coopération internationale en tant qu'élément essentiel pour résoudre méthodiquement de tels cas. L'approche normale d'une telle coopération consisterait à conclure un traité sur les mesures d'insolvabilité, mais ceci ne semble pas réalisable au niveau mondial, et l'étude doit envisager d'autres possibilités. L'étude doit se limiter à des questions techniques. Alors que les questions de politique sont mieux administrées ailleurs, comme par exemple au sein du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, la Commission est le seul organe compétent pour examiner les aspects techniques, et elle a un rôle important à jouer dans une question d'ordre vital.

34. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni) déclare qu'en ce qui concerne les commentaires sur les devoirs des dirigeants, une compagnie ne devient pas forcément insolvable le jour-même où est faite la déclaration formelle d'insolvabilité. Une compagnie est vraisemblablement insolvable avant de faire une déclaration formelle d'insolvabilité quelconque.

35. En fait, le devoir qu'ont les administrateurs et dirigeants de se comporter de manière responsable, et

de considérer non seulement les intérêts des actionnaires mais également ceux des créanciers, est de la plus haute importance lorsqu'une compagnie approche de la phase d'insolvabilité, même si les procédures officielles d'insolvabilité n'ont pas encore été entamées. Ce qui signifie que, avant l'insolvabilité officielle, les administrateurs et dirigeants doivent tenir compte des intérêts des créanciers, et que la Commission pourrait avantageusement examiner de près cette question, y compris en définissant le moment à partir duquel une affaire devient insolvable, et en fixant les limites du champ d'action des administrateurs et dirigeants, dans l'intérêt d'un comportement plus approprié dans la sphère du monde des affaires.

36. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare que sa délégation appuie les recommandations du Groupe de travail V selon lesquelles les travaux doivent commencer sur les propositions des États-Unis et du Royaume-Uni; à cet égard, elle approuve les remarques faites par la représentante du Royaume-Uni. Les responsabilités des administrateurs et dirigeants est un sujet d'une importance particulière, et constitue un aspect fondamental des cadres de l'insolvabilité. Il faudra encourager les compagnies à entrer dans la phase d'administration de l'insolvabilité au moment opportun si l'on parvient à définir de tels cadres.

37. **M. Cooper** [observateur de l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)] déclare que l'importance du redressement n'a jamais été aussi grande. La plupart des pays a une législation relative au redressement d'entreprises en difficulté financière. Une utilisation efficace de ce genre de législation exige que les procédures d'insolvabilité débutent aussi tôt que possible lorsque davantage d'options sont encore envisageables. Dans la pratique, ce sont souvent les créanciers qui lancent les procédures de liquidation car les dirigeants d'entreprises n'ont pas agi. Un effet hautement indésirable est la recherche du for le plus favorable par les dirigeants, entamant ainsi les procédures dans des juridictions moins pointilleuses. La question des obligations des dirigeants lorsqu'une compagnie devient insolvable est certainement de la compétence de la Commission.

38. **M. Mokal** (Banque mondiale) déclare que si la Banque mondiale soutient les propositions et des États-Unis et du Royaume-Uni, elle a néanmoins une

préférence particulière pour la seconde dans le contexte de ses travaux concernant les marchés émergents et en voie de développement. Dans presque toutes les juridictions dans lesquelles la Banque mondiale est engagée, les questions abordées par le représentant d'INSOL International sont des questions clefs. Il est essentiel pour les juridictions de générer des incitations en faveur des administrateurs et dirigeants afin qu'ils adoptent la bonne démarche au bon moment, et ainsi les propositions en matière de responsabilité avancées par le Royaume-Uni sont extrêmement pertinentes. Ceci aiderait la Banque mondiale dans ses propres travaux de suggestion d'améliorations à la législation sur la responsabilité, si la Commission définissait des critères en matière de meilleures pratiques au niveau international dans ce domaine.

39. En ce qui concerne la proposition de la Suisse, il est essentiel d'assurer cohérence et harmonisation dans le règlement des crises bancaires. Néanmoins, la Banque mondiale émet des réserves quant au moment où intervient cette proposition et quant à la légitimité de la Commission en tant que forum.

40. En ce qui concerne le moment propice, dans de nombreuses juridictions la question de l'insolvabilité des entreprises est débattue par un département spécialisé au sein du gouvernement, alors qu'un organisme de contrôle bancaire, typiquement la banque centrale s'occupe du règlement des crises bancaires. Cependant les banques centrales sont, et demeureront dans un futur proche, fortement engagées dans la stabilisation des secteurs bancaire et financier. Demander qu'elles participent à l'examen des règlements des crises bancaires serait exagéré. En outre, d'autres institutions, la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI) en particulier, tentent d'assurer la coordination entre les régulateurs bancaires, d'identifier les meilleures pratiques, et d'élaborer des orientations. Que la Commission se lance dans l'examen du sujet dans la conjoncture actuelle pourrait fort bien représenter une entrave à leurs travaux. C'est pourquoi, si le sujet est important, et si la Commission a un rôle à jouer le moment venu, la proposition de la Suisse est inopportune.

41. **M^{me} Liu Yan** (Fonds monétaire international) déclare que le FMI appuie les propositions faites par les États-Unis et le Royaume-Uni. En ce qui concerne la proposition de la Suisse, une action internationale sur les ententes transfrontalières d'insolvabilité

bancaire est nécessaire. Cependant, plusieurs entités sont engagées dans ce domaine, y compris le FMI lui-même. Néanmoins, la Commission a à maints égards un avantage relatif, y compris en ce qui concerne les questions de droit privé, et pourrait apporter une contribution importante à l'élaboration d'un cadre international pour un règlement transfrontalier des crises bancaires. Les diverses propositions présentées devant divers organismes n'en sont pas encore à un stade assez avancé, et il serait prématuré de définir le rôle de la Commission. Le FMI et autres entités sont sur le point de présenter des propositions au Groupe des Vingt. Un débat plus approfondi sur les traits principaux d'un cadre international de règlement est nécessaire afin de définir la marche à suivre.

42. **M. Ghia** (Italie) déclare que sa délégation appuie les propositions des États-Unis et du Royaume-Uni. La mauvaise gestion et la négligence des administrateurs et dirigeants ont un impact au niveau international, et ont conduit à des milliers de licenciements à travers le monde au cours de ces dernières années. Les orientations dispensées par la Commission sur l'insolvabilité, sur quand et comment remplacer les administrateurs et dirigeants, ainsi que sur le redressement, sont d'une importance vitale en matière d'insolvabilité internationale et pour éviter la recherche du for le plus favorable.

La séance est levée à 13 heures.

**Compte rendu analytique de la 918^e séance tenue au Siège,
à New York, le jeudi 1^{er} juillet 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.918]

Président: M. Wisitsora-at (Vice-Président) (Thaïlande)

La séance est ouverte à 15 h 15.

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité (suite) (A/CN.9/709; A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6)

1. **M. Tysebaert** (observateur de la Belgique) dit que la délégation belge peut appuyer la proposition des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1), en particulier concernant la détermination du centre des intérêts principaux, point à l'origine de nombreux conflits et qui appelle une approche plus harmonieuse. La délégation belge, dit l'orateur, a des réserves quant à l'opportunité d'examiner la question de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants. Cette question est certes d'une importance incontestable, mais son examen risque de passer à des domaines très distincts tels que la bonne gouvernance, la responsabilité civile et le droit pénal. Si elle décide d'aborder la question, la Commission doit clairement délimiter le mandat du Groupe de travail. En ce qui concerne la proposition suisse (A/CN.9/709), cette question est examinée par d'autres organismes et la Commission doit attendre les conclusions de leurs travaux avant de l'aborder.

2. **M. Bellenger** (France) dit que la délégation française a des réserves concernant la proposition des États-Unis; les points du droit de l'insolvabilité ont été souvent examinés par le passé et rien ne permet d'affirmer que les travaux du Groupe de travail constitueront un progrès par rapport à la Loi type sur l'insolvabilité internationale ou aux réglementations élaborées par l'Union européenne. Ces points sont si délicats qu'il sera difficile de parvenir à des résultats satisfaisants; faute d'idées novatrices, il peut être préférable de ne pas les aborder.

3. La délégation française, poursuit l'orateur, peut appuyer la proposition d'aborder la question des responsabilités des administrateurs et des dirigeants car il s'agit d'un concept relativement nouveau. Elle peut également approuver la proposition suisse de préparer une étude sur la faisabilité d'un instrument

relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes. Même si d'autres organismes travaillent sur ce thème, la Commission peut aussi élaborer ses points de vue.

4. **M. Soo-Geun Oh** (République de Corée) dit que la délégation de la République de Corée estime que les thèmes proposés par les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni méritent tous les deux d'être pris en considération. Quant à la faisabilité d'entreprendre une étude à leur sujet, toutefois, l'orateur fait observer que la question du centre des intérêts principaux est certes d'un intérêt universel, mais que la question des responsabilités des administrateurs et des dirigeants peut ne pas être prise en considération dans certains pays de sorte que la question de savoir si le Groupe de travail doit l'aborder peut être sujette à polémique. La délégation de la République de Corée, conclut l'orateur, estime ainsi que la priorité doit être donnée à la proposition des États-Unis.

5. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que nombre de documents réussis et efficaces élaborés par le Groupe de travail V et adoptés par la Commission ont été d'une grande complexité au départ; la délégation des États-Unis d'Amérique estime que l'étude qu'elle propose n'est pas trop complexe pour que la Commission la réalise.

6. Si certains aspects du thème des responsabilités des administrateurs et des dirigeants ne sont pas pertinents ou appropriés en vue d'un examen par la Commission, ils ne seront pas repris dans les travaux. La délégation des États-Unis d'Amérique, poursuit l'orateur, appuie la proposition suisse en vue de la réalisation d'une étude, qui indiquera la mesure dans laquelle il peut être nécessaire d'élaborer des principes généraux affinés par d'autres organismes. L'étude doit être menée lorsque les ressources deviennent disponibles, et le secrétariat peut souhaiter inviter des groupes d'experts à y participer.

7. **M. Morán Bovio** (Espagne) dit que la Commission doit déterminer si les administrateurs ont

des obligations spéciales en matière d'insolvabilité. Si ces obligations n'existent pas, la Commission devra examiner toutes les obligations des administrateurs. Si la Commission souhaite définir les obligations des administrateurs dans certaines circonstances, elle devra réexaminer le *Guide législatif*, en particulier les recommandations 16 à 18. Ainsi, la délégation espagnole, conclut l'orateur, estime injustifié que le Groupe de travail examine cette question.

8. **M. Chan** (Singapour) dit que, dans certains pays, la responsabilité des administrateurs à interdire découle seulement des procédures d'insolvabilité, mais que dans d'autres pays, notamment Singapour, cette responsabilité résulte de nombreuses autres circonstances, par exemple, le non-exercice de la diligence voulue, pouvant donner lieu à une interdiction ou engager d'autres responsabilités civiles et pénales. S'il doit aborder la question générale des responsabilités civiles et pénales des administrateurs, le Groupe de travail dépassera de loin le cadre de son mandat. Les responsabilités civiles et pénales des administrateurs et l'interdiction, quasi pénale par essence, sont toutes régies par le droit interne de sorte qu'il est difficile de voir comment déterminer la responsabilité au niveau transnational.

9. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) dit que la Commission devra s'appliquer à examiner les obligations des administrateurs seulement en relation avec l'insolvabilité; le paragraphe 16 de la proposition de la délégation britannique se réfère explicitement aux obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants dans les situations d'insolvabilité, y compris avant l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité, et non à leurs obligations générales. Il s'agit d'un domaine d'étude majeur dont le besoin se fait cruellement sentir au sein de la communauté internationale. S'agissant de l'avis selon lequel la responsabilité est une question nationale, la délégation britannique, poursuit l'oratrice, estime qu'il faut élaborer des dispositions pour garantir que les administrateurs assument la responsabilité de leur conduite et que toute responsabilité ou restriction pouvant régir cette conduite vaut également à travers les frontières, parfois au niveau international.

10. **M. Cooper** [International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)] dit que la proposition du

Royaume-Uni ne concerne explicitement que les obligations des administrateurs durant et immédiatement avant l'insolvabilité et n'inclura pas les questions de droit pénal. Il faut clarifier les points tels que l'obligation des administrateurs d'ouvrir une procédure d'insolvabilité ainsi que la responsabilité pour fautes de gestion et pertes subies par les créanciers. La menace de responsabilité constitue une puissante incitation relativement à la restructuration, qui entre également dans le mandat du Groupe de travail.

11. **M^{me} Leblanc** (Canada) dit que le point soulevé dans la proposition des États-Unis est très complexe; il est difficile d'envisager comment surmonter les incertitudes existantes. La délégation du Canada, poursuit l'oratrice, appuie la proposition relative aux responsabilités des administrateurs et des dirigeants; l'étude, étant conduite par le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, se limitera à l'évidence à ce contexte. Concernant la proposition suisse, la délégation du Canada, dit l'oratrice, n'objectera pas à la réalisation d'une étude mais estime que celle-ci doit être entreprise seulement lorsque les travaux d'autres organisations internationales auront été achevés ou seront suffisamment avancés, et ce, afin d'éviter tout double emploi. Compte tenu des ressources disponibles limitées, la question des responsabilités des administrateurs et des dirigeants devrait avoir la préséance sur l'étude proposée par la Suisse.

12. **M^{me} Rogne** (Norvège) dit que la délégation norvégienne estime qu'aucun des deux thèmes ne doit être ignoré de tout autre examen effectué par le Groupe de travail; les discussions au sein de la Commission démontrent que les deux questions méritent un complément d'examen. Le Groupe de travail doit être doté de la souplesse voulue pour décider de l'étendue de ses travaux.

13. **M. Chan** (Singapour) dit que, même si l'étude a pour seul objet l'insolvabilité, le Groupe de travail devra étendre ses travaux à la période préalable à l'insolvabilité et que ces deux situations engageront les autres responsabilités des administrateurs et dirigeants, entraînant à l'évidence un chevauchement avec les obligations générales. Si la responsabilité des administrateurs ou des dirigeants doit être respectée dans différents pays, les questions du droit pénal et de son extraterritorialité se poseront, lesquelles questions débordent le cadre du mandat de la Commission.

14. **M. Schoefisch** (Allemagne) est d'avis que la proposition suisse ne constitue pas une priorité pour le futur immédiat. S'agissant de la proposition du Royaume-Uni, la délégation allemande, dit l'orateur, estime que le Groupe de travail doit privilégier exclusivement la responsabilité concernant l'insolvabilité.

15. **M. Ghia** (Italie) convient que le thème de la responsabilité des administrateurs doit rester dans le contexte de l'insolvabilité. Tandis que le centre des intérêts principaux constitue un thème majeur bien connu dans le contexte européen, les thèmes proposés par le Royaume-Uni et INSOL International sont d'une importance plus grande encore car ils correspondent à des situations lourdes de conséquences pour les populations dans le monde.

16. **M. Mokal** (Banque mondiale) souhaite rassurer les représentants de l'Espagne et de Singapour sur la possibilité de maintenir une distinction entre droit pénal et responsabilité civile s'agissant des obligations des administrateurs et des autres dirigeants. Une autre distinction doit être faite entre le début de la procédure officielle d'insolvabilité, d'une part, et le cas d'insolvabilité de fait, d'autre part. Celui-ci se produit souvent en premier. Durant l'intervalle entre les deux, les administrateurs doivent avoir des obligations précises envers les créanciers, et, poursuit l'orateur, de nombreux régimes juridiques attachent une grande importance dans la réalité à l'obligation des administrateurs de tenir compte des intérêts des créanciers. À cet égard, de nombreuses questions pratiques se posent, par exemple, quant aux circonstances donnant naissance à l'obligation des administrateurs de tenir compte des intérêts des créanciers outre ceux des actionnaires et quant à savoir si les administrateurs doivent s'acquitter de cette obligation envers les créanciers en tant que groupe, ou envers quelques créanciers seulement, ou bien envers l'entreprise. Ces questions ont un impact majeur sur les incitations des administrateurs des entreprises en difficulté et la capacité des représentants de l'insolvabilité de conduire une procédure d'insolvabilité. Ainsi, conclut l'orateur, le Groupe de travail a de nombreux points à examiner du strict point de vue de l'insolvabilité.

17. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) dit que la délégation britannique ne vise pas à ce que la

responsabilité pénale soit débattue. Le Groupe de travail doit tenter de déterminer le moment où l'insolvabilité se produit et à quel stade la responsabilité des administrateurs est engagée. Certains règlements sont en vigueur dans différents pays et les expériences pourraient être échangées avec profit en vue d'identifier les meilleures pratiques.

18. **M. Soo-Geun Oh** (République de Corée) dit que, dans de nombreux pays, la responsabilité des administrateurs relève du droit des sociétés, du droit pénal ou du droit civil. La délégation de la République de Corée, dit l'orateur, estime que, au lieu de traiter un point si difficile, le Groupe de travail doit examiner la question du centre des intérêts principaux.

19. **M^{me} Lim Ai Nei** (Singapour), se référant à la première phrase du paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3, ne voit pas comment les intérêts des administrateurs individuels liés à leur responsabilité personnelle entrent dans le cadre de la CNUDCI. L'oratrice souligne combien il importe de délimiter la question de façon claire et étroite.

20. **M^{me} Smyth** (Australie) dit que la délégation australienne est confiante en la capacité du Groupe de travail de réserver un traitement approprié à la question de la responsabilité des administrateurs, mettant l'accent sur la responsabilité civile dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité. L'oratrice salue la souplesse démontrée par les autres délégations et se dit convaincue que les pays peuvent grandement bénéficier de leur expérience mutuelle dans la manière d'aborder la question.

21. **M. Morán Bovio** (Espagne) demande instamment aux membres de la Commission, avant qu'ils ne prennent la décision d'entreprendre une étude sur la responsabilité des administrateurs et des autres dirigeants, d'examiner les difficultés pratiques que pose le traitement de cette question.

22. **Le Président** dit que la discussion a montré que les propositions de la Suisse et des États-Unis bénéficient d'un soutien manifeste. Concernant la responsabilité des administrateurs, une majorité appuie l'idée de consacrer une étude à ce sujet. Un consensus existe toutefois par ailleurs sur la nécessité d'éviter l'examen des questions de droit pénal. Le mandat du Groupe de travail en rapport avec ce thème doit ainsi être directement lié à l'insolvabilité et non aux obligations fiduciaires générales.

23. **M. Chan** (Singapour) dit que le mandat du Groupe de travail doit clairement énoncer que les questions de droit pénal n'ont pas à être examinées. L'additif 4 au document de travail (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4) met bel et bien l'accent sur la responsabilité pénale, et l'orateur salue ainsi les précisions apportées par la représentante du Royaume-Uni.

24. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) dit que le secrétariat souhaite solliciter l'approbation par la Commission d'un projet qu'il a l'intention d'entreprendre. Lors des colloques judiciaires sur l'insolvabilité organisés par la CNUDCI, les juges se disent souvent désireux d'obtenir des conseils sur les aspects internationaux et sur le fonctionnement de la Loi type sur l'insolvabilité internationale. Avec le concours d'un juge d'une haute instance judiciaire de Nouvelle-Zélande, le secrétariat a rédigé un document présentant des points de vue juridiques sur l'interprétation de la Loi type. Le secrétariat souhaite s'entretenir avec des juges et des spécialistes de l'insolvabilité sur le document pour que celui-ci soit à même d'être examiné par le Groupe de travail. L'examen du document au sein du Groupe de travail doit prendre quelques heures seulement à l'occasion d'une de ses séances; le document pourra ensuite être porté à l'attention de la Commission en vue de son approbation. Un Guide pratique peut être adressé aux professionnels et un autre texte aux juges.

25. **M. Lifland** (États-Unis d'Amérique) approuve vigoureusement le projet proposé par le secrétariat. Les juges spécialisés aux États-Unis prendront connaissance avec intérêt d'un premier manuel sur le sujet qui fournira des précisions et sera utile aux juges dans le monde.

26. **M. Cooper** [International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)] dit que les conseils fournis sur l'insolvabilité internationale seront d'un immense

intérêt. Il signale que le prochain colloque judiciaire sur l'insolvabilité sera tenu à Singapour en mars 2011.

27. **M. Morán Bovio** (Espagne) appuie la proposition du secrétariat.

28. **M^{me} Smyth** (Australie) demande que des précisions soient apportées à la décision concernant la proposition suisse. La délégation australienne, poursuit l'oratrice, est préoccupée quant à l'échelonnement des travaux et comprend que l'étude sera conduite dans les limites des ressources disponibles.

29. **M^{me} Clift** (Division du droit commercial international) dit que les ressources du secrétariat ne permettront pas d'achever les travaux relatifs à la proposition suisse à temps pour la session de décembre du Groupe de travail. Il peut être possible de produire un document pour l'année à suivre et il serait utile d'attendre pour voir si les travaux conduits sur le même sujet par les autres organisations, telles que le Groupe des Vingt, aboutiront avant la fin de l'année.

30. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) se dit satisfait des explications du secrétariat. L'étude proposée sur le sujet par la Suisse doit être conduite dans les limites des ressources disponibles et le respect des autres priorités assignées. Il n'est pas même indispensable de parvenir à un document final sur le sujet avant la session suivante de la Commission. Une coordination et une collaboration efficaces devront être organisées avec les autres organismes internationaux tels que le FMI et la Banque mondiale.

31. **Le Président** dit que la discussion et les conclusions seront reprises dans le projet de rapport établi sur le point, qui sera examiné lors de la séance suivante.

La séance est levée à 16 h 35.

**Finalisation et adoption de la troisième partie du Guide législatif de la
CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité consacrée au traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité (suite)**

**Compte rendu analytique de la 919^e séance tenue au Siège,
à New York, le vendredi 2 juillet 2010, à midi**

[A/CN.9/SR.919]

Président: M. Wisitsora-at (Vice-Président) (Thaïlande)

La séance est ouverte à 12 h 10.

**Finalisation et adoption de la troisième partie
du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de
l'insolvabilité consacrée au traitement des groupes
d'entreprises en cas d'insolvabilité (suite)**

*Projet de rapport sur la troisième partie du Guide
législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité
(A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, sections A et B)*

1. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter la section du projet de rapport sur son examen du projet de troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, sect. A), ainsi que la section exposant sa décision à ce sujet (A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, sect. B)

2. *Il en est ainsi décidé.*

**Futurs travaux possibles dans le domaine du droit
de l'insolvabilité (suite)**

*Projet de rapport sur l'examen, par la Commission, de
futurs travaux possibles dans le domaine du droit de
l'insolvabilité (A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, sect. IX)*

3. **M. Schoefisch** (Allemagne) déclare qu'il conviendrait de préciser très clairement, au paragraphe 8, qu'il y avait certaines divergences au sujet de la proposition du Royaume-Uni – indépendamment de la proposition présentée par les États-Unis. Le délégué allemand propose, par conséquent, l'insertion, après les mots "Après débat", de la périphrase "concernant notamment la proposition du Royaume-Uni, jugée plus polémique".

4. **M^{me} Sanderson** (Royaume-Uni) déclare que l'ajout en question serait plus approprié à l'alinéa b) du paragraphe 8. Par conséquent, M^{me} Sanderson

propose l'insertion, au début de la dernière phrase de cet alinéa, et avant les mots "La Commission est convenue...", de la périphrase suivante: "Sur la base des préoccupations exprimées lors de débats importants,".

5. *Il en est ainsi décidé.*

6. **M. Bellenger** (France) déclare qu'il conviendrait d'indiquer que certains États ont émis des réserves au sujet de la proposition des États-Unis, en raison du caractère complexe et ambigu des travaux envisagés dans le domaine du droit de l'insolvabilité. M. Bellenger ajoute qu'il n'a pas souvenir d'une mention quelconque du type de résultats que pourraient donner ces travaux. Par conséquent, le délégué français propose la suppression, à la quatrième ligne de l'alinéa a), de tous les mots qui suivent l'expression "le centre des intérêts principaux".

7. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) déclare que les propositions de la délégation française ne sont pas appropriées en ce qui concerne un rapport final. Les recommandations ont été adoptées à l'unanimité par le Groupe de travail V. Si l'on devait faire état de réserves au sujet de la proposition des États-Unis, il conviendrait, en fait, de préciser que c'est une délégation spécifique – et non pas plusieurs délégations – qui a émis les réserves en question.

8. **M. Oh Soo-geun** (République de Corée) et **M. Morán Bovio** (Espagne) se déclarent favorables à la formulation actuelle.

9. **M. Bellenger** (France) déclare retirer sa proposition.

10. **M. Boulos** (Égypte) déclare qu'à la quatrième ligne du paragraphe 10, le mot arabe qui traduit le terme anglais "guidance", à savoir "twajihat", a une

connotation qui évoque un ordre reçu d'une autorité supérieure. M. Boulos propose de remplacer ce mot par le terme "irshadat", plus proche du mot anglais.

11. *Il en est ainsi décidé.*

12. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) propose l'ajout suivant, à la fin du paragraphe 10 – avant le point final: “; et l'on a prévu la recherche d'une coordination entre les secrétariats des différentes organisations internationales intéressées”.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, tel que modifié oralement, est adopté.*

La séance est levée à 12 h 30.

**Compte rendu analytique (partiel)* de la 920^e séance tenue au Siège,
à New York, le mardi 6 juillet 2010 à 10 heures**

[A/CN.9/SR.920]

Président: M. Sandoval (Chili)

* Il n'a pas été établi de compte rendu pour le reste de la séance.

Les débats qui font l'objet du présent compte rendu analytique commencent à 10 h 25.

**Travaux actuels et travaux futurs possibles
dans le domaine du commerce électronique**

(A/CN.9/692)

1. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que, depuis l'adoption, en 2005, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, la Commission ne s'est pas penchée sur les questions relatives au commerce électronique, mais a poursuivi sa coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Il existe un certain nombre de thèmes relatifs au commerce électronique que la Commission pourrait souhaiter examiner à présent.

2. **M. Lee Jae Sung** (Division du droit commercial international), présentant la note du Secrétariat sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/692), rappelle que la Commission a demandé au secrétariat de suivre les développements juridiques dans le domaine du commerce électronique, en particulier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet international unique, et de réaliser des études sur les documents transférables électroniques.

3. La Commission souhaitera peut-être, au sein de son Groupe de travail IV (Commerce électronique), examiner l'état d'avancement des travaux de l'équipe juridique spéciale conjointe Organisation mondiale des douanes/Commission sur les guichets uniques électroniques. En ce qui concerne les documents transférables électroniques, la Commission a demandé au secrétariat de réaliser des études à la lumière des propositions formulées par les États-Unis d'Amérique (A/CN.9/681 et Add.1) et par l'Espagne (A/CN.9/682). À cet égard, la République de Corée a adopté une législation qui permet l'utilisation de connaissements électroniques. La Commission souhaite peut-être examiner maintenant si ce sujet doit être transféré au

Groupe de travail IV. La question est d'une telle complexité qu'il pourrait être utile d'organiser à la fin de 2010 un colloque préparatoire à une session du Groupe de travail en 2011.

4. La gestion de l'identité a retenu l'attention en tant que moyen d'authentification prometteur dans le contexte de relations à distance de confiance. L'utilisation d'appareils mobiles est en train de devenir un puissant outil pour les opérations financières, en particulier dans les pays en développement. La Commission pourrait examiner s'il convient de confier au secrétariat la réalisation d'études dans ces deux domaines.

5. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation soutient l'organisation d'un colloque, en particulier en vue d'examiner les sujets étroitement liés des guichets uniques électroniques, des documents transférables électroniques et de la gestion de l'identité. Les débats dans le cadre d'un colloque contribueront à définir les activités du Groupe de travail.

6. Les progrès enregistrés sur la question du mécanisme de guichet unique dans le commerce international et intérieur sont tels que son examen par la Commission est à présent utile et d'actualité, dans le contexte plus large des documents transférables.

7. Il salue la communication d'informations sur le nouveau cadre juridique en République de Corée; elles offriront un cadre pour le travail relatif aux connaissements électroniques, qui est un des aspects des documents transférables. L'adoption des connaissements électroniques n'a que trop tardé et pourrait fortement améliorer l'efficacité des échanges et du commerce.

8. La gestion de l'identité fait intervenir plusieurs questions traitées par la Commission dans la Loi type sur le commerce électronique et est inextricablement liée aux documents transférables électroniques et aux mécanismes de guichet unique.

9. **M. Oh** Soo-geun (République de Corée) dit que sa délégation appuie les suggestions contenues dans la note sur les travaux futurs possibles. Suite aux changements rapides qu'a entraînés l'application de l'informatique au commerce, il est important que la Commission ne tarde pas. Un colloque qui serait organisé à l'automne 2010 serait utile pour identifier les problèmes et fixer des priorités.
10. **M. Morán Bovio** (Espagne) dit que sa délégation n'est pas d'accord avec les orateurs précédents: les quatre sujets abordés dans la note sont entièrement distincts les uns des autres. De plus, le système du registre électronique adopté en République de Corée est diamétralement opposé aux propositions antérieures de sa délégation en matière de registre électronique soumis à contrôle.
11. Il rappelle à cet égard que la question des connaissements électroniques a été résolue définitivement par l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam"), dont l'application a été récemment recommandée par le Parlement européen. Si la Commission venait à présent à étudier des propositions relatives aux connaissements fondées sur le modèle de registre coréen comme décrit dans la note, cela reviendrait à adopter deux positions différentes sur un élément fondamental du commerce international, les Règles de Rotterdam n'étant pas compatibles avec ce modèle, qui constitue un système différent.
12. Sa délégation ne peut approuver ce type de propositions – en réalité, elles torpilleraient les Règles. En pratique, les États pourraient parfaitement suspendre l'application des Règles en attendant les délibérations de la Commission.
13. Le modèle coréen pourrait prévoir une possibilité en ce qui concerne les documents transférables électroniques, comme les billets à ordre ou les lettres de change au format électronique, plutôt que les connaissements. Il faudra toutefois que la Commission tranche entre un registre et un système de contrôle.
14. Le secrétariat devrait scinder les diverses composantes de la note. Les composantes ainsi séparées pourraient être examinées une à une, par exemple, dans le cas du guichet unique, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes, qui doit encore rendre des avis définitifs.
15. La Commission pourrait alors examiner plus à fond le concept d'un document transférable électronique qui puisse servir de moyen de paiement. Dans l'état actuel des choses, la question ne peut être renvoyée à un groupe de travail, voire à un groupe d'experts, puisque ce groupe devrait lui-même résoudre la question du registre ou du système de contrôle. La Commission pourrait revenir sur cette question lors d'une prochaine session et éventuellement étudier les deux systèmes, mais ceux-ci doivent rester distincts.
16. La Commission est à l'avant-garde du commerce électronique. Elle doit éviter toute confusion lorsqu'elle traite cette question si elle veut continuer de rendre le même niveau de service et conserver sa position de chef de file.
17. **M. Maradiaga** (Honduras) dit que son gouvernement a ratifié la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux mais doit encore, pour des questions de politique intérieure, déposer l'instrument de ratification.
18. Les questions soumises à la Commission sont importantes et d'actualité. Elles pourraient selon lui être traitées par le Groupe de travail et les différents points soulevés pourraient être examinés après une analyse approfondie. Cela permettrait à la Commission d'appliquer sa méthode classique: concevoir une norme qui serait acceptée par tous. Sa délégation peut accepter les suggestions formulées devant la Commission.
19. **M^{me} Sabo** (Canada) note que les problèmes en question ont déjà été soumis précédemment à la Commission. En ce qui concerne le guichet unique, le secrétariat devrait continuer à suivre la situation et le Groupe de travail sur le commerce électronique pourrait examiner en temps voulu les résultats produits par l'équipe juridique spéciale conjointe et fournir des suggestions à la Commission.
20. Cela étant, les autres sujets présentés dans la note posent des problèmes à sa délégation. En ce qui concerne la transférabilité électronique de documents, il n'existe pas suffisamment de points communs entre les différents domaines concernés pour travailler sur un vaste projet. Le sujet doit être limité. Pour le

Groupe de travail sur le commerce électronique, il est important d'avoir un mandat clairement défini et circonscrit. Il n'existe pas de ressources pour une discussion vague avant l'identification des tâches spécifiques.

21. Si la gestion de l'identité et l'utilisation d'appareils portables sont des sujets intéressants, on ne dispose pas de suffisamment d'informations pour justifier un examen par le Groupe de travail.

22. Le secrétariat devrait organiser un colloque consacré à un certain nombre de sujets qui ont trait au commerce électronique, affiner les résultats par une réunion d'experts, puis revenir devant la Commission en 2011 avec des propositions plus spécifiques, que la Commission pourrait ensuite classer par ordre de priorité.

23. **M^{me} Lim Sai Nei** (Singapour) exprime le soutien de sa délégation en ce qui concerne l'examen de la question des documents transférables électroniques et l'organisation d'un colloque. Les points soulevés par le représentant de l'Espagne pourraient alors être étudiés.

24. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation émet des réserves concernant la note sur les travaux futurs possibles. La question du mécanisme de guichet unique semble relever du domaine de compétence de l'Organisation mondiale des douanes, dont la Commission ignore les intentions. Les documents transférables électroniques ont déjà fait l'objet de discussions à des occasions antérieures, dont la dernière était la rédaction de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, et la question est close.

25. Il se demande si l'on a l'intention de constituer de nouveaux groupes de travail pour examiner les problèmes qui ont été soulevés, notamment le règlement en ligne des différends. Cela alourdirait la charge de travail du secrétariat; il vaudrait mieux renvoyer cette question à un seul groupe.

26. **M. Schoefisch** (Allemagne) admet qu'il est important que le Groupe de travail ait un mandat clair; il est très difficile de travailler dans des groupes de travail avec des mandats vagues. Il serait utile d'organiser un colloque en vue d'examiner les sujets qui s'imposent dans le but de définir un mandat clair

pour le Groupe de travail sur le commerce électronique.

27. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition faite antérieurement par sa délégation concernant les documents transférables est destinée à permettre plus d'une méthode et ne favorise pas le document électronique unique contrôlé plus qu'un mécanisme de registre électronique. En pratique, les deux peuvent être combinés: il est possible d'avoir un document contrôlé unique qui bénéficie du niveau requis d'assurance à l'aide d'un registre électronique. C'est la raison pour laquelle, dans sa proposition, sa délégation ne s'est pas prononcée fermement pour un mécanisme particulier.

28. En outre, des règles différentes pourraient s'appliquer aux différents secteurs commerciaux. Il ne peut y avoir d'approche unique de la question des documents transférables. Ce sujet demeure le domaine non résolu le plus important du commerce électronique et mérite l'attention de la Commission.

29. Il ne voit aucune complication ni aucun conflit en ce qui concerne les Règles de Rotterdam. En effet, les experts qui ont participé à la formulation de ces règles ont estimé, tout comme sa délégation, qu'il existait diverses méthodes pour atteindre le résultat souhaité tout en respectant la définition du document de transport électronique contenue dans les Règles.

30. Les problèmes soulevés, bien que complexes, peuvent trouver une solution et le travail dans ce domaine sera la prochaine étape importante après le succès indubitable de la Loi type sur le commerce électronique. Il rassure la Commission quant au fait que ce travail ne produira pas de dispositions sur le transport de marchandises qui seraient incompatibles avec les Règles de Rotterdam.

31. **M. Tornero** (observateur de l'Association du transport aérien international) dit que l'Association du transport aérien international soutient la position des États-Unis d'Amérique et est aussi favorable à l'organisation d'un colloque sur la transférabilité des documents électroniques, y compris les lettres de transport aérien électroniques.

32. **Le Président** dit que la Commission est saisie de suggestions concernant l'analyse des propositions contenues dans la note relative aux travaux futurs possibles sur le commerce électronique, notamment la scission des divers sujets pour les questions qui

intéressent les mécanismes de contrôle et de registre. L'avis majoritaire est qu'un colloque devrait être organisé pour examiner ces questions plus en détail, afin de donner un mandat clair au Groupe de travail sur le commerce électronique.

33. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) dit que la note du Secrétariat (A/CN.9/692, par. 8) indique que certaines questions juridiques qui ont été identifiées en ce qui concerne les mécanismes de guichet électronique unique concernent l'exécution. Lorsque le travail sur les mécanismes de guichet électronique unique a débuté, sa délégation a exprimé sa crainte de voir ce travail s'égarer dans le domaine des systèmes réglementaires nationaux, qui ne relève pas de la compétence de la Commission. Sa délégation ne voit pas d'objection à ce que le travail soit mené conjointement avec l'Organisation mondiale des douanes mais, s'il concerne plus les systèmes réglementaires que l'harmonisation des règles en vue d'adopter des démarches communes en matière de dédouanements, la plus grande prudence s'imposera. Les différents pays ont des modèles réglementaires différents en vue de donner effet à leurs politiques nationales différentes; il pourrait être vain de tenter de les harmoniser. Il va de soi que les modalités de travail peuvent être harmonisées mais, à cet égard, beaucoup a déjà été fait par la Loi type sur le commerce électronique et par la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, qui énoncent des règles claires en matière d'équivalence fonctionnelle des communications électroniques et des documents papier. Bien que beaucoup de délégations souhaitent peut-être que le travail sur les mécanismes de guichet unique soit poursuivi et que beaucoup de ressources y aient déjà été consacrées, la Commission doit prendre garde à ne pas interférer avec le domaine des systèmes réglementaires nationaux.

34. **M^{me} Sabo** (Canada) dit que le sujet des mécanismes de guichet unique pourrait être étudié au colloque envisagé. Il est important que la Commission ait une nouvelle occasion d'en débattre et que le mandat du Groupe de travail soit précisé avant d'entreprendre tout projet à cet égard.

35. **M. Morán Bovio** (Espagne), exprimant son soutien aux remarques formulées par la représentante du Canada, dit qu'un colloque est nécessaire pour avoir une discussion plus détaillée au sujet du conflit

éventuel qui a surgi en ce qui concerne les documents électroniques et de définir un mandat clair pour le Groupe de travail. Sa délégation est disposée à coopérer avec d'autres sur la question fondamentale des documents négociables électroniques. Sa délégation estime, tout comme d'autres, que les systèmes de registre et les systèmes de contrôle sont incompatibles; les premiers supposent l'intervention d'une autorité extérieure, contrairement aux seconds. Le Groupe de travail doit se concentrer sur la transférabilité des documents uniques électroniques. Il ne doit pas s'occuper de la question des mécanismes de guichet unique, parce que ce débat dépendra du résultat de tout travail sur la transférabilité des documents uniques électroniques.

36. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne faut pas limiter inutilement le champ des questions à examiner lors du colloque; en particulier, le concept du guichet unique ne doit pas être séparé des discussions sur la transférabilité. Le sujet des systèmes de guichet unique est plus vaste que celui de la transférabilité, mais certaines questions relatives à ces systèmes sont inhérentes à toute discussion sur les différentes modalités par lesquelles les droits ou intérêts peuvent être transférés par des moyens électroniques. Par conséquent, la discussion sur chaque sujet doit se faire à la lumière de l'évolution des autres.

37. **Le Président** dit qu'un consensus semble se dégager sur l'organisation à court terme d'un colloque en vue d'examiner tous les sujets proposés dans le document A/CN.9/692 et de fixer un programme de travail clair pour le Groupe de travail.

38. **M^{me} Sabo** (Canada) demande si le secrétariat établira un rapport sur le résultat du colloque, rapport que la Commission examinerait à sa prochaine session.

39. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le secrétariat sera guidé par la Commission à cet égard: soit il pourrait établir un rapport pour la Commission que celle-ci examinera à sa prochaine session, soit le Groupe de travail se réunira pour étudier le résultat du colloque avant la prochaine session de la Commission.

40. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit que sa délégation convient que le colloque proposé devrait traiter de tous les sujets possibles exposés dans le

document A/CN.9/692. Après la tenue du colloque et l'établissement d'un rapport par le secrétariat, la Commission devrait avoir l'occasion d'analyser ce rapport avant qu'il soit transmis au Groupe de travail. Il pourrait décider du mandat du Groupe de travail à sa session suivante.

41. **M. Morán Bovio** (Espagne), marque son accord avec les remarques formulées par le représentant de l'Allemagne et répète que sa délégation estime que le système de registre et le système de contrôle sont incompatibles entre eux et qu'elle attend avec intérêt le résultat du colloque proposé à cet égard. Il est capital que la question soit résolue si l'on veut progresser. Le secrétariat souhaitera peut-être organiser une réunion d'experts en plus du colloque et devrait avoir toute latitude de décider de la meilleure marche à suivre.

42. **Le Président** dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite demander au secrétariat d'organiser à sa discrétion un colloque et/ou une réunion d'experts sur tous les sujets possibles de travaux futurs qui figurent dans le document A/CN.9/692 et d'établir un rapport sur le résultat de ces discussions, notamment une proposition d'ordre du jour pour le Groupe de travail, à soumettre à la quarante-quatrième session de la Commission. Toute latitude devrait être laissée au secrétariat pour décider de la meilleure marche à suivre.

43. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à midi.

Travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales (A/CN.9/706 et A/CN.9/710)

44. **M. Lemay** (Division du droit commercial international), présentant la note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales (A/CN.9/706) et la note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/710), rappelle que la Commission, à sa quarante-deuxième session, a demandé au secrétariat de réaliser des études en vue d'examiner la question

du règlement en ligne des différends lors d'une prochaine session. En réponse à une demande antérieure de la Commission, le secrétariat a organisé un colloque sur ce sujet qui s'est tenu à Vienne en mars 2010. Une synthèse des actes du colloque, les questions principales qui ont été identifiées et les conclusions du colloque figurent au document A/CN.9/706.

45. **M. Boulos** (Égypte) dit que sa délégation accorde une grande importance à la discussion sur le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales. La technologie des communications a connu une évolution remarquablement rapide ces dernières dizaines d'années et, même si le rythme de cette évolution n'a pas été le même dans tous les pays, les ordinateurs font désormais partie intégrante de la vie quotidienne des personnes partout dans le monde. En Égypte, afin d'accéder au système international de signatures électroniques et de promouvoir le commerce électronique, une loi sur les signatures électroniques a été adoptée en 2004 et des licences ont été accordées à quatre sociétés privées qui leur ont permis d'agir en tant qu'autorités de certification pour les signatures électroniques dès 2007. L'utilisation des ordinateurs portables et des téléphones mobiles pour effectuer des transactions électroniques est répandue et a été à l'origine d'une croissance énorme du commerce électronique entre entreprises et entre entreprises et consommateurs.

46. Deux défis associés à la croissance du commerce électronique concernent la manière de mettre en place un système international efficace de règlement des différends dans les opérations de commerce électronique, et la manière d'assurer la protection des parties aux contrats électroniques dans des situations où une partie faillit à ses obligations. Les tribunaux éprouvent des difficultés à régler ces différends pour une série de raisons, notamment le volume élevé de plaintes portant sur de petits montants, le contraste entre la faible valeur de l'opération et le coût élevé de la procédure, les questions de droit applicable aux contextes à la fois du commerce électronique et de la protection des consommateurs, et les difficultés que pose l'exécution des jugements rendus à l'étranger.

47. Certaines idées qui ont été avancées, notamment la création d'un système automatique d'accès aisé qui permettrait de régler la majorité des différends sans intervention humaine, semblent quelque peu

utopiques. La même chose a toutefois été dite de nombreuses innovations technologiques qui sont devenues une réalité par la suite. Il appartient à la Commission d'appliquer son savoir-faire juridique aux idées avancées par les experts en technologies afin de garantir que la justice soit respectée dans le domaine du commerce électronique.

48. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) soutient les remarques formulées par le représentant de l'Égypte. Étant donné le nombre croissant de personnes qui ont accès à l'Internet, il est nécessaire de mettre au point des règles générales sur le règlement en ligne des différends, comme le propose la note du Secrétariat (A/CN.9/706, par. 51); un mandat devrait être donné à un groupe de travail à cet effet. L'absence de mécanismes de règlement des différends retarde le développement du commerce en ligne.

49. **M. Oh Soo-geun** (République de Corée) dit que la Commission est l'enceinte toute indiquée pour mettre au point ces règles, après discussion de leur portée souhaitée et de leur forme possible. Une législation rigoureuse ou contraignante serait nécessaire pour certains types de commerce électronique, tandis qu'une législation souple ou non contraignante s'appliquerait à d'autres. On pourrait compter sur la Commission, qui possède déjà un savoir-faire dans les domaines du commerce électronique et de l'arbitrage, pour adopter l'approche souple requise. La Commission présente en outre l'avantage supplémentaire de prendre ses décisions par consensus. De plus, toutes les règles qu'elle pourrait définir, étant entérinées par l'Assemblée générale des Nations Unies, sont susceptibles d'évoluer dans le sens d'une législation contraignante. Sa délégation appuie dès lors la proposition qui vise à confier le sujet du règlement en ligne des différends à un groupe de travail en vue de son développement futur par la Commission.

50. **M^{me} Sabo** (Canada) dit que sa délégation partage l'intérêt exprimé pour ce sujet, mais estime que les deux questions du commerce entre entreprises et entre entreprises et consommateurs doivent être traitées distinctement. La première relève sans aucun doute du mandat de la Commission, mais les questions qui intéressent les consommateurs, sur lesquelles il est plus difficile d'aboutir à un accord, ne font pas partie de ses préoccupations classiques. Elle suggère dès lors que le travail soit initialement centré sur le commerce entre entreprises et passe ensuite à la question des

opérations entre entreprises et consommateurs; ou encore, qu'un groupe de travail se concentre sur la première question et qu'un autre s'occupe de la seconde.

51. **M^{me} Smyth** (Australie) estime elle aussi que le moment est venu de mettre au point des règles génériques en matière de règlement en ligne des différends et dit que sa délégation est favorable à la constitution d'un groupe de travail à cet effet. Il faut tenir compte de la distinction entre les deux types de commerce électronique faite par la délégation canadienne, tout comme de l'accès inégal des États à ce commerce.

52. **M. Mekjian** (Arménie) s'accorde aussi à reconnaître qu'il faut être attentif aux problèmes que pose le commerce électronique et mobile et qu'un groupe de travail doit être chargé de rédiger les règles globales nécessaires.

53. **M. Schoefisch** (Allemagne) se déclare du même avis et dit que le groupe de travail pourrait être l'un de deux déjà mis en place pour l'arbitrage et le commerce électronique ou un groupe de travail entièrement nouveau. Il doit commencer par se pencher sur le commerce entre entreprises et laisser momentanément de côté le domaine plus difficile des opérations entre entreprises et consommateurs.

54. **M^{me} Umoren** (Nigéria) dit que, comme d'autres pays en développement, le Nigéria manque de capacités en matière de communication électronique. Bien qu'elle soutienne le travail envisagé concernant les différends dans le domaine du commerce électronique, sa délégation espère que ce travail tiendra compte des situations différentes de chaque pays. Les problèmes internationaux qui se posent au Nigéria ne peuvent être résolus de manière satisfaisante en raison de l'absence de tribunaux et de législation idoine. Des règles claires doivent être définies.

55. **M. Bellenger** (France) dit que, si les règles proposées ne sont pas contraignantes, se pose alors la question des modalités de mise en œuvre des décisions fondées sur ces règles. Celles-ci créeraient un système plus proche de la médiation que de l'arbitrage; il s'agirait d'un système privé régi par une institution internationale. Parmi les problèmes qu'il faudrait résoudre, il y a la protection des données personnelles et des droits des consommateurs.

56. **M^{me} Lim Sai Nei** (Singapour) dit qu'il faut protéger à la fois les entreprises et les consommateurs

et que les problèmes évoqués par la délégation française pourraient être utilement étudiés au sein d'un groupe de travail, éventuellement d'un groupe ad hoc.

57. **M. Sato** (Japon) dit que le groupe de travail devrait se concentrer sur les manières d'encourager le commerce électronique tout en protégeant les consommateurs.

58. **M. Velásquez Argaña** (Paraguay) exprime son soutien à la fois au travail actuel de l'Organisation des États américains sur ce sujet et à l'initiative proposée par la Commission. Au Paraguay, une nouvelle loi sur le commerce électronique et les signatures électroniques doit être promulguée sous peu.

59. **M. Boumsong** (Cameroun) dit que, tout comme au Nigéria, le développement du commerce électronique se heurte à certains obstacles au Cameroun, mais que ce commerce ne cesse de gagner du terrain. Dans un esprit pragmatique et tourné vers l'avenir, sa délégation soutient dès lors le travail futur sur ce sujet par un groupe de travail de la Commission.

60. **M^{me} Hu Guolei** (Chine) appuie la proposition qui vise à ce qu'un groupe de travail se concentre initialement sur le commerce entre entreprises. Lorsqu'il passera aux opérations entre entreprises et consommateurs, il devrait répondre aux préoccupations exprimées par la délégation française.

61. **M. Leinonen** (observateur de la Finlande) dit que le groupe de travail proposé devra résoudre un certain nombre de problèmes difficiles. Avant sa création, la Commission doit toutefois décider de limiter son mandat initial au commerce entre entreprises. Il serait opportun de laisser de côté pour le moment tout travail sur les opérations entre entreprises et consommateurs.

La séance est levée à 13 h 5.

**Compte rendu analytique (partiel)* de la 921^e séance tenue au Siège,
à New York, le mardi 6 juillet 2010, à 15 heures**

[A/CN.9/SR.921]

Président: M. Sandoval (Chili)

* Il n'a pas été établi de compte rendu pour le reste de la séance.

La séance est ouverte à 15 h 5.

Élection du Bureau (suite)

1. **Le Président** déclare qu'au nom du Groupe des États d'Europe orientale, la délégation de la Fédération de Russie a nommé M. Gerard Jirair Mekjian (Arménie) au poste de Rapporteur de la Commission lors de la quarante-troisième session.

2. *M. Mekjian (Arménie) est élu Rapporteur par acclamation.*

Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (suite)

Travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique (suite) (A/CN.9/706 et A/CN.9/710)

3. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que la Commission doit prendre trois grandes décisions en ce qui concerne ses futurs travaux en matière de règlement en ligne des litiges. La première de ces décisions est de déterminer s'il faut se concentrer essentiellement sur les transactions commerciales électroniques entre entreprises, sur le commerce électronique entre entreprises et consommateurs, ou sur ces deux types de transactions à la fois. Le délégué espagnol considère qu'il revient au groupe de travail de trancher dans ce domaine. Cependant, étant donné qu'il est souvent difficile de tracer une frontière très nette entre ce qui relève de l'entreprise et ce qui relève du consommateur, il est peu sensé – semble-t-il – d'exclure le consommateur du processus de règlement en ligne d'un litige, même si la Loi type sur le commerce électronique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international excluent précisément le consommateur – ou toute législation nationale sur la consommation – de leur

champ d'action. Dans l'idéal, les mêmes règles de résolution des litiges devraient s'appliquer aux deux types de transactions précitées (entre entreprises, et entre entreprises et consommateurs).

4. La deuxième décision que doit prendre la Commission est de déterminer quel groupe de travail doit opérer, en l'occurrence. De l'avis de M. Morán Bovio, étant donné que la caractéristique du mode de règlement des litiges envisagé ici est la dimension électronique, le Groupe de travail IV – chargé, précisément, des questions de commerce électronique – est un choix plus logique que le Groupe de travail II, qui s'occupe des questions d'arbitrage et de conciliation au niveau international.

5. Quant à la troisième décision de la Commission, elle doit consister à indiquer le type de réglementation à adopter. Le délégué espagnol souhaite que cette décision appartienne au groupe de travail à mesure qu'il progresse dans son action. À cet égard, le Groupe de travail pourra déterminer le meilleur instrument possible: convention, loi type, guide législatif, ou association de ces trois instruments?

6. **M^{me} Sabo** (Canada) rappelle que la délégation canadienne s'est déjà exprimée sur le fait que la Commission doive se concentrer sur les transactions entre entreprises ou les transactions entre entreprises et consommateurs, et considère, dans ce domaine, que le choix du type de règlement dépend de la nature de la transaction. La délégation canadienne considère que les transactions commerciales entre entreprises sont, en grande partie, autorégulées; par conséquent, dans ce type de cas, il est peu probable que l'on ait besoin d'un instrument contraignant: ce sera plutôt au secteur d'activité en question à adopter un ensemble de lignes directrices ou de principes. D'autre part, si la Commission décide d'inclure la question des transactions entre entreprises et consommateurs dans ses futurs travaux, les droits du consommateur devront être protégés comme il se doit. Cela implique l'intervention des États et la nécessité d'un instrument

contraignant, quel qu'il soit. Toutefois, la diversité, d'un État à l'autre, des dispositions de protection du consommateur pourra rendre difficile un accord dans ce domaine.

7. Concernant le fait de confier cette tâche à tel ou tel des six groupes de travail thématiques de la Commission, M^{me} Sabo fait observer que quatre de ces groupes opèrent déjà dans d'autres domaines. Par conséquent, les seuls groupes qui puissent assumer une nouvelle tâche sont le Groupe de travail III, chargé des questions de droit des transports, et le Groupe de travail IV, chargé des questions de commerce électronique. Certes, la Commission a toute liberté de modifier le mandat ou l'intitulé de ces groupes; mais il semble plus logique de confier au Groupe de travail IV cette mission concernant le règlement en ligne des litiges. Si tel était son choix, la Commission devrait néanmoins en examiner les conséquences pour les autres activités déjà confiées au Groupe de travail IV.

8. **M. Maradiaga** (Honduras) considère que l'examen de la question des règlements en ligne des litiges doit concerner aussi bien les transactions commerciales entre entreprises que celles entre entreprises et consommateurs. Tout en étant de nature différente, ces deux volets ne s'excluent pas. Le Groupe de travail IV devrait procéder à une analyse plus approfondie et faire des propositions pertinentes, en prenant en considération un probable double emploi avec les travaux du Groupe de travail II.

9. **M^{me} Peer** (Autriche) déclare que la délégation autrichienne ne voit aucun problème dans le fait de confier à un groupe de travail la question des règlements en ligne des litiges. Mais l'Autriche partage les préoccupations du Canada et demande instamment, dans ce domaine, une séparation du traitement des transactions entre entreprises et de celui des transactions entre entreprises et consommateurs. Le groupe de travail choisi devra avoir un mandat très précis, et se voir confier d'abord la question des transactions commerciales entre entreprises. Ce n'est qu'après avoir formulé des conclusions sur ce premier volet que le Groupe de travail en question pourra décider ou non d'étendre sa mission aux transactions entre entreprises et consommateurs. Il conviendrait de choisir le Groupe de travail IV, et ce dernier devrait alors déterminer le type d'instrument le plus approprié.

10. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare qu'il serait inutile que la Commission consacre trop de temps au choix du groupe de travail auquel on confierait cette question des règlements en ligne des litiges, étant donné que les groupes de travail sont exclusivement désignés par un numéro, plutôt que par la nature de leur mission, à tel ou tel moment. Par conséquent, la seule décision à prendre devrait être de déterminer si le Groupe de travail en question sera le Groupe III ou le Groupe IV.

11. **M^{me} Rogers** (observatrice du Pace Institute of International Commercial Law) rappelle que l'Institut Pace de droit commercial international a coparrainé un colloque intitulé "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-commerce" (Nouvelle vision de la question du règlement en ligne des litiges et du commerce électronique au niveau mondial) – colloque qui s'est tenu à Vienne, en mars 2010; l'Institut Pace a ensuite élaboré un document (A/CN.9/710), présenté à la Commission lors de la session actuelle. Les professionnels chargés des questions de règlement en ligne des litiges sont parvenus à la conclusion que d'innombrables différends entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur des sommes peu élevées pouvaient être réglés, chaque année, dans le cadre d'un système global de règlement en ligne des litiges. La Commission pourrait définir les règles génériques d'un tel système, en conformité avec d'autres instruments de la CNUDCI – tels que la Loi type sur le commerce électronique.

12. Concernant l'association ou la séparation éventuelles des règles génériques de règlement des litiges entre entreprises, d'une part, et entre entreprises et consommateurs, d'autre part, l'Institut Pace considère qu'en matière de commerce électronique et mobile, les distinctions classiques entre commerçants, d'une part, et consommateurs, de l'autre, deviennent assez floues. On peut en citer pour exemples les importants sites Internet que sont "eBay" et "Alibaba", qui appliquent les mêmes dispositions commerciales aux commerçants et aux consommateurs. Par conséquent, une séparation artificielle des transactions entre entreprises, d'une part, et des opérations entre entreprises et consommateurs, d'autre part, pourrait empêcher l'harmonisation des évolutions récentes des secteurs d'activité en question et des structures juridiques de la CNUDCI, qui doivent, en principe, accompagner ces évolutions.

13. **M. Dennis** (États-Unis d'Amérique) déclare que la Commission doit effectivement se saisir de la question des règlements en ligne des litiges – et ce, pour deux raisons (toutes deux clairement évoquées dans les conclusions du colloque qui s'est tenu en mars 2010). La première de ces raisons est le volume des transactions commerciales internationales en ligne, et la participation des consommateurs à ce niveau. La seconde raison est que – comme le souligne le paragraphe 50 du document A/CN.9/706 – les mécanismes de recours classiques devant les tribunaux ne constituent pas une solution adéquate dans le cas de différends liés à des transactions électroniques internationales. Les consommateurs sont exclus du champ de la Conférence de La Haye de droit international privé (Convention relative à la procédure civile), et cela porte atteinte à la capacité de chacun de recourir à la justice pour régler un litige.

14. Aux États-Unis d'Amérique – poursuit M. Dennis –, les règles génériques régissant les transactions entre entreprises et celles entre entreprises et consommateurs sont très proches. On peut en juger en comparant, d'une part, la proposition de l'Organisation des États américains concernant les transactions entre entreprises et consommateurs et exposée au paragraphe 18 du document A/CN.9/706, et, d'autre part, les dispositions prises par l'American Arbitration Association dans le cas d'un litige entre entreprises – le règlement de ce litige étant décrit au paragraphe 29 de ce même document A/CN.9/706. Par conséquent, le délégué des États-Unis souhaiterait que l'on demande à un groupe de travail d'étudier la possibilité d'une approche commune des litiges pour les deux types de transactions.

15. **M. Oh Soo-geun** (République de Corée) déclare que sa délégation n'est pas favorable à une distinction entre transactions entre entreprises et transactions entre entreprises et consommateurs; la République de Corée ne souhaite pas que l'on exclue les transactions entre entreprises et consommateurs du mandat qui sera confié au groupe de travail. Aussi bien sur le plan théorique que sur le plan pratique, il est difficile d'établir une distinction entre ces deux types de transactions: c'est le cas, par exemple, en matière d'achat de livres ou de billets d'avion. Le cas échéant, le groupe de travail devrait avoir la liberté de modifier son champ d'action ou la nature de son approche en fonction du type de transaction. Le groupe de travail

devrait être également libre de proposer le type d'instrument le plus approprié aux fins d'adoption.

16. **M. Boulos** (Égypte) déclare également qu'il ne faudrait pas établir de distinction entre transactions entre entreprises et transactions entre entreprises et consommateurs, et que le mandat du Groupe de travail ne devrait pas se limiter aux transactions entre entreprises – sauf raisons impérieuses dès le départ. Le délégué égyptien se dit favorable à un ensemble de règles communes pour la résolution des litiges en ligne, et se demande si les autres groupes de travail – y compris ceux chargés des questions d'arbitrage ou d'intérêts de sûreté – établissent une telle distinction entre entreprises et consommateurs. M. Boulos est d'accord avec le représentant de la République de Corée pour dire que le groupe de travail doit avoir la liberté de choisir la manière dont il aborde ce type de problème.

Futurs travaux possibles en matière de microfinance (A/CN.9/698)

17. **M. Lemay** (Division du droit commercial international) présente la note du Secrétariat sur la microfinance et le développement économique international (A/CN.9/698), et précise que cette étude a été effectuée en réponse à la demande formulée par la Commission lors de sa quarante-deuxième session. Comme il est dit au paragraphe 1 de ce document, il s'agissait de déterminer la nécessité d'un cadre réglementaire et juridique de protection et de développement du secteur de la microfinance, et, dans ce but, d'analyser les enjeux et les propositions concernant la forme et la nature d'un document de référence, que la Commission pourrait envisager d'élaborer afin d'aider les législateurs et les responsables politiques au niveau mondial. Pour rédiger cette étude, le secrétariat s'est référé aux travaux de nombreuses organisations et instances actives dans le domaine de la microfinance. Comme le suggèrent les paragraphes 63 à 65 du document A/CN.9/698, la Commission pourrait souhaiter déterminer si des orientations sur la réglementation de la microfinance seraient utiles à des pays ayant des régimes réglementaires moins développés et des ressources limitées, si, à cet égard, un document de référence pourrait être un outil précieux pour les États, et s'il serait opportun de réunir des experts afin d'examiner de manière plus approfondie comment aborder, au niveau international, les questions

juridiques et réglementaires qui se posent en matière de microfinance. Il importe d'avoir à l'esprit les travaux déjà réalisés ou en cours au sein d'autres instances et organisations, et de veiller à ce que tout engagement de la Commission se fasse en étroite collaboration avec les instances et organisations en question.

18. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare que le Gouvernement australien soutient de longue date les initiatives de microfinancement et considère que le fait d'améliorer l'accès aux services financiers peut contribuer à la participation des pauvres à la vie économique du pays. Pour ce faire, les États doivent mettre en place un cadre juridique et réglementaire permettant aux établissements de microfinancement de se positionner sur le marché, et incitant ces institutions à s'adresser aux régions et aux catégories les plus démunies. Les États doivent également relever des défis qui leur sont communs – processus pour lequel les orientations données par la Commission seront un atout très appréciable. Par conséquent, la délégation australienne est favorable au principe d'une réunion d'experts et d'un document de référence contenant des recommandations sur la nature des travaux que la Commission pourra entreprendre. La déléguée australienne souligne également que la CNUDCI doit collaborer avec d'autres instances, telles que le Groupe des Vingt – groupe de pays ayant conçu, récemment, un ensemble de principes susceptibles de favoriser, de manière innovante, l'intégration financière; cela constituera la base d'un plan d'action qui sera élaboré dans le courant de l'année 2010 en vue d'améliorer l'accès des pauvres aux services financiers, au niveau mondial. Les futurs travaux de la CNUDCI doivent être un complément aux initiatives d'autres instances, dans un esprit de partage des compétences et de réduction maximale des doubles emplois.

19. **M^{me} Sabo** (Canada) déclare que la délégation canadienne approuve le principe d'un examen approfondi de ce sujet par un groupe d'experts qui serait réuni par le secrétariat. Cependant, M^{me} Sabo craint que ce processus n'empiète de manière excessive sur les activités bancaires et leur régulation – même s'il faudra, de toute évidence, prendre en compte certains aspects directement liés au secteur bancaire; à cet égard, il faudra trouver un juste équilibre. Il importe notamment d'éviter les doubles emplois; d'autre part, le secrétariat devra collaborer

étroitement avec d'autres organismes, tels que UNIDROIT (l'Institut international pour l'unification du droit privé), qui a décidé, récemment, de travailler dans des directions similaires.

20. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) déclare que la microfinance s'est révélée, de manière incontestable, comme un instrument très utile de réduction de la pauvreté et de progrès dans le sens des Objectifs du Millénaire pour le développement. Toutefois, il reste à déterminer si cette question du microfinancement relève véritablement de la Commission. La microfinance s'adresse à des segments de la société qui n'ont pas normalement accès au crédit; par conséquent, c'est, par nature, un processus qui relève essentiellement de la politique intérieure des États; d'ailleurs l'organisation et la réglementation du microfinancement peuvent varier d'un pays à l'autre. Le microfinancement peut, certes, jouer un rôle important dans le cadre du commerce international; il n'en reste pas moins que les questions soulevées au chapitre III du document A/CN.9/698 sont toutes d'ordre juridique et réglementaire; par conséquent, la délégation de Singapour considère que la Commission ne doit pas prendre part au processus de régulation du système financier interne des pays. Par ailleurs, on a pu également souligner que, dans certains pays, les réglementations devaient être libéralisées, afin de permettre aux institutions financières – éventuellement les institutions d'autres pays – de s'engager également sur cette voie, en proposant leurs propres services de microfinancement; la Commission, pour sa part, devrait rester prudente quant à une éventuelle participation à ces processus, car on a pu observer, dans ce domaine, des conflits assez marqués: cela a été le cas, par exemple, au sein de l'Organisation mondiale du commerce, au sujet de la libéralisation du secteur bancaire de différents pays. Dès lors, le mandat qui serait éventuellement confié à la Commission dans ce domaine devrait être très précisément défini: la Commission devrait essentiellement établir des règles permettant la contribution de la microfinance au commerce international, et non pas au commerce intérieur des pays ou à la réduction de la pauvreté au niveau national – objectif de développement tout à fait louable, certes, mais que d'autres instances sont plus à même de servir.

21. **M. Morán Bovio** (Espagne) déclare que la délégation espagnole émet les mêmes réserves que les

représentants du Canada et de Singapour. M. Morán Bovio approuve le principe d'une réunion d'experts – laquelle permettrait d'apporter des éclaircissements au sujet de l'ensemble des questions qui se posent. La microfinance peut être un apport considérable à de nombreux pays; mais elle relève davantage de la législation nationale que du droit international. Le groupe d'experts en question devra éviter les sujets qui ne s'inscrivent pas directement dans le mandat de la Commission.

22. **M^{me} Umoren** (Nigéria) déclare que la microfinance n'est pas un phénomène nouveau au niveau national; en revanche, il y a, dans ce domaine, un déficit à l'échelle internationale. Incontestablement, la microfinance peut être un puissant instrument de réduction de la pauvreté – en particulier pour les zones rurales, où l'accès au crédit est quasiment nul. La délégation nigériane est favorable à une réunion d'experts sur ce sujet, à condition que l'on garde à l'esprit les réalisations d'autres institutions – afin d'éviter que les travaux des uns ne recourent ceux des autres. Toute initiative en matière de microfinancement pourra contribuer à la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement – notamment la réduction de la pauvreté.

23. **M^{me} Banaken** (Cameroun) déclare que, dans son pays, la microfinance a connu une croissance exponentielle en raison du niveau de développement du Cameroun et de la complexité des systèmes bancaires modernes; la déléguée du Cameroun ajoute qu'une grande partie de la population camerounaise a besoin d'accéder aux services bancaires et financiers: ces derniers jouent, en effet, un rôle essentiel pour la croissance des petites et moyennes entreprises, et dans le sens de la réduction de la pauvreté. Par conséquent, le Cameroun est totalement favorable à une réunion d'experts, et considère que la Commission doit œuvrer à la mise en place d'un cadre législatif et réglementaire pour le maintien et le développement de la microfinance, et afin de moderniser les systèmes nationaux actuels.

24. **M^{me} Lauer** (observatrice du Groupe consultatif d'assistance aux pauvres) déclare que ce groupe est, au sein de la Banque mondiale, une unité de politique et de ressources indépendante, mais qui collabore avec divers organes de la Banque mondiale et avec plusieurs instances normatives, pour la conception de

politiques de régulation et de supervision de la microfinance. Cependant, ce processus devient de plus en plus complexe en raison de la "marchandisation" croissante de la microfinance et l'émergence de nouveaux acteurs. Avec l'élargissement de la gamme de services proposée aux pauvres, la dimension juridique et réglementaire s'est également développée, ainsi que la nécessité de diversifier les institutions proposant les services en question de manière appropriée, utile et accessible sur le plan financier. De nouvelles techniques sont nées – notamment les banques à distance –, et, avec elles, de nouveaux problèmes, dans des secteurs tels que les télécommunications ou encore la protection du consommateur. Le Groupe consultatif est très intéressé par une collaboration avec la Commission, si cette dernière décide de s'engager sur cette voie.

25. **Le Président** déclare qu'il semble y avoir un consensus en faveur de l'organisation d'une réunion d'experts par la Commission, et sur la base des conclusions de cette future réunion, de l'élaboration d'un document qui serait présenté lors de la prochaine session; c'est alors que la Commission pourra décider si elle souhaite mettre en place un groupe de travail sur ces sujets. Le futur groupe d'experts devra prendre en compte les préoccupations exprimées lors de la présente séance.

26. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), répondant à une question de **M. Schöll** (observateur de la Suisse), déclare que la réunion d'experts prendra la forme d'un colloque.

27. **M^{me} Smyth** (Australie) déclare qu'il faudra préciser ce que la Commission compte demander au colloque en question. En fait, la Commission doit se concentrer sur des questions non encore résolues mais s'inscrivant dans le strict cadre de son mandat, et éviter de se lancer dans un très vaste débat qui pourrait faire double emploi avec les travaux d'autres instances.

28. **Le Président** déclare que, de toute évidence, la Commission restera dans son domaine de compétences et coopèrera avec d'autres organes afin d'éviter les doubles emplois. Elle devra définir très précisément les questions à aborder sur la base des conclusions du futur colloque.

29. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare que la manière dont le secrétariat conçoit le

mandat que lui a confié la Commission correspond totalement aux observations de la représentante de l'Australie. En effet, le secrétariat est tout à fait conscient qu'il faut éviter les doubles emplois; sa préoccupation première, lors de l'élaboration du document A/CN.9/698, a été de consulter l'ensemble des organisations actives dans le domaine de la microfinance.

30. **M^{me} Lauer** (observatrice du Groupe consultatif d'assistance aux pauvres) déclare que son groupe finalise actuellement un long document sur la réglementation et la supervision des opérations de microfinance. Il se pose un certain nombre de questions importantes – notamment celle de la définition exacte du “microcrédit” dans les différents pays –, étant donné la complexité actuelle des enjeux économiques, politiques, historiques et géographiques. Plutôt que d'élaborer une législation type, on peut aussi modifier les lois en vigueur afin de permettre à différents types d'institutions de proposer des services aux pauvres.

31. **Le Président** déclare que, sur la base des conclusions du futur colloque, un document sera élaboré, de manière à doter la Commission, lors de la prochaine session, d'un cadre lui permettant de déterminer son angle d'action éventuel.

Le débat consigné dans le présent compte rendu analytique prend fin à 16 h 30.

Adoption du rapport de la Commission**Compte rendu analytique de la 924^e séance tenue au Siège,
à New York, le vendredi 2 juillet 2010, à 10 heures**

[A/CN.9/SR.924]

Président: M. Sandoval (Chili)*La séance est ouverte à 10 h 30.***Adoption du rapport de la Commission**

1. **Le Président** invite le Rapporteur, M. Mekjian (Arménie), à présenter le projet de rapport de la Commission relatif aux travaux de sa quarante-troisième session.

2. **M. Mekjian** (Arménie), Rapporteur, dit que le document A/CN.9/XLIII/CRP.1 et ses addenda, notamment les addenda 1 à 4 et 6 à 8, déjà adoptés lors de séances précédentes, formeront ensemble le rapport de la Commission.

A/CN.9/XLIII/CRP.1

3. **M^{me} Musayeva** (Division du droit commercial international) dit qu'au paragraphe 5, le mot "Colombie" doit être supprimé et qu'au paragraphe 6, le mot "Slovénie" doit être ajouté.

4. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1, tel que révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.5

5. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) rappelle qu'à sa 916^e séance, la Commission a envisagé d'ajouter au projet de décision reproduit au paragraphe 1 un quatrième paragraphe introductif qui attirerait l'attention sur la contribution du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI à la promotion de la primauté du droit. Toutefois, étant donné qu'il s'agit d'une question de fond qui n'a pas été examinée au sein du Groupe de travail, il serait plus judicieux d'inclure une formule à cet effet dans la résolution générale relative aux travaux de la Commission à soumettre à l'Assemblée générale. Il propose dès lors de retirer le texte proposé. Lors de la séance précédente, il a également été suggéré que, dans la

première et la deuxième lignes du paragraphe 5, les mots "devrait aussi entreprendre" soient modifiés et remplacés par "pourrait aussi envisager d'entreprendre".

6. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objection à ces propositions.

7. **M^{me} Smyth** (Australie), appuyée par **M. Chan Wah-Teck** (Singapour), suggère qu'au paragraphe 5, quatrième ligne avant la fin, les mots "devrait s'efforcer d'identifier" devraient être remplacés par "pourra identifier".

8. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) suggère qu'aux lignes six et sept du paragraphe 3, les mots "si elles pouvaient s'appuyer sur" devraient être modifiés comme suit: "si elles s'appuyaient sur".

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.5, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.9

11. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) suggère des modifications du paragraphe 4 afin de l'aligner sur le document A/CN.9/690. La deuxième et la troisième phrases devraient être modifiées comme suit: "Elle a noté que le Groupe de travail, à ces séances, avait procédé à une deuxième lecture du projet de loi type révisée et avait entamé sa troisième lecture du texte. Le Groupe de travail avait résolu un grand nombre de problèmes de fond [reste de la phrase inchangé]." Il convient d'insérer la nouvelle phrase suivante avant la dernière phrase du paragraphe: "La Commission a noté que le Groupe de travail était également convenu d'entreprendre des travaux sur un projet de texte révisé du Guide pour l'incorporation."

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) dit que la dernière phrase du paragraphe 6 devrait être modifiée comme suit: “La Commission a donné pour instruction au Groupe de travail de faire preuve de modération lors du réexamen des questions qui avaient déjà fait l’objet de décisions.”

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.9, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.10

16. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) suggère d’ajouter une phrase à la fin du paragraphe 7, libellée comme suit: “Certains ont toutefois estimé qu’un tel conflit n’existait pas nécessairement.” À la fin du paragraphe 11, il suggère de remplacer le mot “nécessaire” par le mot “approprié”.

17. **M. Bellenger** (France) dit que, de même, dans la phrase finale du paragraphe 11, il convient de préciser que le mandat à confier au Groupe de travail doit être non seulement clair, mais aussi limité.

18. **M^{me} Sabo** (Canada) suggère qu’un “mandat clairement défini” soit donné au Groupe de travail.

19. **Le Président** croit comprendre qu’il n’y a pas d’objections aux changements suggérés.

20. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.10, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.11

21. **M^{me} Sabo** (Canada) demande si les crochets qui entourent l’expression “Non modifiée” au paragraphe 1, alinéa a), ont une signification particulière.

22. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le titre de la Convention qui figure dans cet alinéa a été reproduit à partir du rapport de l’année précédente et que les crochets doivent être maintenus.

23. **M. Chan Wah-Teck** (Singapour) a suggéré le remplacement, au début du paragraphe 3, des mots “Singapour a déposé” par “Suite à cela, Singapour a déposé”. À la fin de la troisième phrase de ce paragraphe, après les mots “les technologies de l’information et de la communication”, il suggère d’ajouter “et Singapour a adopté des instruments

législatifs en vue de donner effet à la Convention dans sa législation nationale”. Il suggère également que le début de la phrase suivante soit modifié comme suit: “Il a été noté qu’une plus large adoption [reste inchangé].”

24. **M. Maradiaga** (Honduras) suggère l’ajout, à la fin du paragraphe 3, d’une formule indiquant que le Honduras encourage les représentants des autres États membres à promouvoir l’adoption dans leurs pays respectifs de la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

25. **M^{me} Smyth** (Australie) suggère l’insertion d’une nouvelle première phrase au paragraphe 4, libellée comme suit: “La Commission a été informée que l’Australie a adopté une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international, telle qu’elle a été modifiée en 2006.” Il serait alors nécessaire d’insérer le mot “également” entre le mot “a été” et le mot “informée” dans ce qui deviendrait alors la deuxième phrase.

26. **M^{me} Millicay** (Argentine) dit qu’il serait plus judicieux que la nouvelle phrase suggérée par la délégation de l’Australie soit ajoutée à la fin du paragraphe 4.

27. **M^{me} Sabo** (Canada) suggère que la nouvelle phrase pourrait plutôt être ajoutée à la fin du paragraphe 3.

28. **M^{me} Smyth** (Australie) dit que la nouvelle phrase pourrait devenir un nouveau paragraphe 4 et que le paragraphe 4 actuel pourrait devenir le paragraphe 5.

29. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que, par souci de cohérence, la nouvelle phrase suggérée par la délégation de l’Australie pourrait être insérée dans le paragraphe 1, alinéa 1), ce qui permettrait de conserver le caractère général du paragraphe 4.

30. **M^{me} Smyth** (Australie) dit que les informations contenues au paragraphe 1, alinéa 1), sont décrites comme ayant été reçues avant le début de la session actuelle, à un moment où l’Australie n’avait pas encore adopté la législation en question.

31. **Le Président** croit comprendre que la Commission approuve l’insertion, au paragraphe 4, de

la nouvelle phrase suggérée par la délégation de l'Australie.

32. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.11, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.12

33. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.12 est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.13

34. **M. Chan** Wah-Teck (Singapour) dit que le paragraphe 7 ne rend pas suffisamment compte de la longue discussion au sein de la Commission ou du consensus qui s'est dégagé sur cette question. Il propose dès lors que la première phrase soit modifiée comme suit: "À l'issue de la discussion, les délégués sont convenus que le secrétariat devait convoquer un colloque pour étudier les questions légales et réglementaires liées à la microfinance qui relèvent du mandat de la CNUDCI." La deuxième phrase devrait être modifiée comme suit: "Ce colloque peut inclure des experts qui travaillent pour d'autres organisations qui œuvrent activement sur la question."

35. **M^{me} Sabo** (Canada), appuyée par **M^{me} Umoren** (Nigéria), dit que le rapport devrait préciser clairement que des experts devraient être invités à participer au colloque.

36. **M. Chan** Wah-Teck (Singapour) dit que sa délégation n'a pas voulu laisser entendre que les experts doivent être exclus de la participation au colloque, mais elle estime qu'il faut laisser au secrétariat le soin de choisir les participants.

37. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) suggère de laisser aux services d'édition le soin de finaliser la formulation du paragraphe 7 de manière à préciser clairement que le colloque pourrait bénéficier de la participation d'experts compétents et que les questions à étudier doivent relever du mandat de la Commission qui, après tout, est très large.

38. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.13, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.14 et Add.15

39. *Les documents A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.14 et Add.15 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.16

40. **M^{me} Sabo** (Canada), notant que la première phrase du paragraphe 8 mentionne les présidents des groupes de travail, dit que cela s'applique également à la Commission elle-même. Elle propose dès lors de supprimer les mots "des groupes de travail".

41. **M. Chan** Wah-Teck (Singapour) propose de remplacer les mots "sont autorisés à" par le mot "peuvent" dans la dernière phrase du paragraphe 8.

42. **M^{me} Sabo** (Canada), appuyée par **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), dit que la modification proposée par le représentant de Singapour pourrait amener la Commission à examiner la question de fond concernée. Il vaut mieux laisser le texte en l'état.

43. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.16, tel que modifié oralement par le Canada, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.17

44. **M^{me} Musayeva** (Division du droit commercial international) dit que le paragraphe 4 doit être révisé de manière à rendre compte de la déclaration faite au sein de la Commission par le représentant de l'Union internationale des télécommunications (UIT). En conséquence, dans la première phrase, les mots "d'une déclaration" devraient être remplacés par "des déclarations" et les mots "et de l'Union internationale des télécommunications (UIT)" devraient être insérés après les mots "de l'Association du transport aérien international (IATA)". Le reste du paragraphe devrait devenir un paragraphe distinct – un nouveau paragraphe 5 – et un nouveau paragraphe 6 devrait être ajouté, libellé comme suit: "La Commission a également entendu une déclaration faite au nom de l'UIT concernant ses travaux relatifs à la cybersécurité, notamment la gestion de l'identité, la protection des données et la sécurité des transactions électroniques. La Commission a pris note de l'étroite coopération entre l'UIT et la CNUDCI qui a présidé à la formulation de normes juridiques relatives à ces questions et a encouragé la poursuite de la coopération dans cette direction."

45. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.17, tel que modifié oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.18 à 21

46. *Les documents A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.18 à 21 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.22

47. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 3 c), dit que sa délégation a fortement prôné de travailler sur la résolution des litiges en ligne et se réjouit de voir que cette tâche a déjà été attribuée à un groupe de travail. Toutefois, la date retenue pour la session du groupe de travail pourrait créer un problème pour l'établissement des documents pertinents et la présence des membres. En effet, la session aurait lieu assez rapidement et une réunion internationale importante consacrée à la résolution des litiges en ligne est prévue à Vancouver au début du mois de novembre. Il serait particulièrement utile de disposer des résultats de celle-ci avant que le groupe de travail n'entame le travail sur ce sujet.

48. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que les soucis exprimés par le représentant des États-Unis sont légitimes, mais il existe des contraintes en matière de disponibilité des salles de réunion et des services d'interprétation à Vienne. Le secrétariat s'efforcera de jongler avec les dates mises à disposition de la Commission en tenant pleinement compte des préoccupations et des besoins de tous les groupes de travail. Lorsque les dates définitives des sessions des groupes de travail auront été fixées, elles seront affichées sur le site Web de la CNUDCI et communiquées à toutes les personnes concernées dans une note verbale.

49. **M. Schoefisch** (Allemagne) dit qu'il espère que les dates de toutes les réunions pourront être fixées le plus rapidement possible.

50. **M^{me} Sabo** (Canada) dit que la Commission a déjà décidé de confier au secrétariat le soin de fixer les dates des sessions des groupes de travail. En tout état de cause, les dates indiquées dans le projet de rapport sont provisoires et susceptibles de changement. Aucune modification n'est nécessaire.

51. **Le Président** dit que la Commission a laissé au secrétariat une latitude maximale pour s'occuper du calendrier des réunions au cours de l'année qui précède la session suivante.

52. *Le document A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.22 est adopté.*

53. *Le projet de rapport dans son ensemble, tel que modifié et révisé oralement, est adopté.*

54. Après l'échange habituel de courtoisies, **le Président** déclare la clôture de la quarante-troisième session.

La séance est levée à 12 h 15.

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/693)

TABLE DES MATIÈRES

I.	Références générales	
II.	Vente internationale de marchandises	
III.	Arbitrage commercial international et conciliation	
IV.	Transport international	
V.	Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)	
VI.	Commerce électronique	
VII.	Sûretés (y compris financements par cession de créances)	
VIII.	Passation des marchés	
IX.	Insolvabilité	
X.	Contrats internationaux de construction	
XI.	Échanges internationaux compensés	
XII.	Projets d'infrastructure à financement privé	
Annexe		
	Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI	

I. Références générales

Donini, V. M. La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 14:1/2:97-117, 2009.

Estrella Faria, J. A. Future directions of legal harmonisation and law reform: stormy seas or prosperous voyage? *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 14:1/2:5-34, 2009.

Gabriel, H. D. The advantages of soft law in international commercial law: the role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 34:3:655-672, 2009.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/BJI_PDF/bji_vol34iii.ashx.

[GPS]. The CISG and the Vis International Moot: twin ideas for effective lawyering in a globalized world. *Juridynamics Network*, 8 février 2010.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:

<http://ucclaw.blogspot.com/2010/02/cisg-and-vis-international-moot-twin.html>.

Hendrikse, M. et N. Margetson. Uniform international commercial law: the phenomena of unification, uniform construction and uniform application. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 1:2:72-90, 2009.

Illescas-Ortiz, R. La CNUDMI hoy: la agenda de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Foro de derecho mercantil* (Bogotá) 24:7-17, 2009.

En espagnol. Traduction du titre: La CNUDCI aujourd'hui: le programme de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Kamdem, I. F. Harmonisation, unification et uniformisation: plaidoyer pour en discours affiné sur les moyens d'intégration juridique. *Revue juridique Thémis* (Montréal) 43:3:605-649, 2009.

En français, avec résumé en anglais.

Kozuka, Souichirou. The economic implications of uniformity in law. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 12:4:683-695, 2007.

Lee, Jae Sung. Reference to the use of electronic communications in UNCITRAL's recent texts. *Sungkyunkwan journal of science & technology law* (Séoul) 3:2:197-237, automne 2009.

Linarelli, J. Analytical jurisprudence and the concept of commercial law. *Penn State law review* (Carlisle, Pa.) 114:1:119-215, 2009.

Newton, J. O. Taking the nation out of international law reform: considering a purely academic International Law Institute. *Columbia journal of transnational law* (New York) 47:3:609-647, 2009.

Oh, Soo Geun. Korea and UNCITRAL. *Tongsang-bubryul = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:3-13, 2009.

En coréen.

Osman, F. Vers une lex mercatoria euromediterranea: la légistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l'Union pour la Méditerranée. *Revue de droit des affaires internationales* (Paris) 5:575-588, 2009.

Patnaik, D. Sridhar et F. Lala. Issues of harmonization of laws on international trade from the perspective of UNCITRAL: the past and the current work. In Participants review of international trade law post-graduate course. S. D'Orilia, dir. publ. Institut d'études européennes de l'Université de Turin et Centre international de formation de l'OIT, Turin, Italie, 2006. p. 27-43.

Disponible en ligne à l'adresse: <http://works.bepress.com/sridhar/10/>.

- Shaffer, G. C. How business shapes law: a socio-legal framework. *Connecticut law review* (Hartford, Conn.) 42:1:147-183, 2009.
- Stewart, D. P. Private international law: a dynamic and developing field. *University of Pennsylvania journal of international law* (Philadelphia, Pa.) 30:4: 1121-1132, été 2009.
- Ünel, N. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL/Commission des Nations Unies pour le droit commercial international – CNUDCI). *Uluslararası ekonomik sorunlar* (Ankara) 32:51-64, 2009.
- Disponible en ligne à l'adresse: <http://www.mfa.gov.tr/sayi-xxxii.tr.mfa>.
- Weber, R. H. Mapping and structuring international financial regulation: a theoretical approach. *European business law review* (Londres) 20:5:651-688, 2009.
- Winn, J. K. Hard law and soft law in international commercial law reform. *Sungkyunkwan journal of science & technology law* (Séoul) 3:2:173-186, automne 2009.

II. Vente internationale de marchandises

- Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, *dir. publ.* Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer. London, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008. xi, 654 p.
- Bach, I. Neuere Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht. *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 29:4:299-306, juillet/août 2009.
- En allemand. Traduction en français: Jurisprudence récente en application de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).
- Baker & McKenzie international arbitration yearbook, 2008. *Deuxième édition annuelle*. Moscou, Wolters Kluwer, 2009. xxvi, 372 p.
- Baker & McKenzie international arbitration yearbook, 2009. Moscou, Wolters Kluwer, 2010. xx, 480 p.
- Bälz, M. Japans später Beitritt zum UN-Kaufrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 73:4: 683-702, 2009.
- En allemand avec résumé en anglais, p. 702.
- Traduction du titre: L'adhésion tardive du Japon à la CVIM.
- Bijl, M. Fundamental breach in documentary sales contracts. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 1:19-28, 2009.
- Bridge, M. The international sale of goods: law and practice. *Deuxième édition*. Oxford; New York, Oxford University Press, 2007. lxxv, 770 p.
- Voir en particulier au point 2 la discussion concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980), p. 505-598.

Cantora, M. The CISG after *Medellin v. Texas*: Do U.S. businesses have it? Do they want it? *Journal of international business and law* (Hempstead, N.Y.) 8:1: 111-136, 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cantora.html>.

Carvalho, Marina Amaral Egydio de. Contrato de compra e venda internacional e o transporte marítimo. *Revista autor* (São Paulo) 1^{er} juillet 2008.

En portugais. Traduction du titre: Contrat de vente international et transport maritime.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=208&Itemid=38.

CISG Advisory Council. CISG-AC opinion no. 7: exemption of liability for damages under article 79 of the CISG, 12 octobre 2007. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 8:3:122-132, 2008.

CISG Advisory Council. CISG-AC opinion no. 8: calculation of damages under CISG Articles 75 et 76, 15 novembre 2008. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 9:3:129-138, 2009.

CISG Advisory Council. CISG-AC opinion no. 9: consequences of avoidance of the contract. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 9:4:171-181, 2009.

Dolganova, I. et M. Boff Lorenzen. A case for Brazil's adhesion to the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 13:2: 351-372, 2009.

Duhl, G. M. International sale of goods. *Business lawyer* (Chicago, Ill.) 64: 1281-1293, août 2009.

Également disponible en ligne à l'adresse:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546060#.

Eckert, H.-W., J. Maifeld et M. Matthiessen. Handbuch des Kaufrechts: Der Kaufvertrag nach Bürgerlichem Recht, Handelsrecht und UN-Kaufrecht. München, Verlag C. H. Beck, 2007. xxix, 482 p.

En allemand. Traduction du titre: Manuel relatif au droit des ventes: le contrat de vente en vertu du droit romain, du droit commercial et de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Ferrari, F. Homeward trend: what, why and why not. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 9:1:8-24, 2009.

Ce texte est reproduit dans: *Revue de droit des affaires internationales* = *International business law journal* (Paris) 3:333-352, juin 2009.

Fitzgerald, P. L. The international contracting practices survey project: an empirical study of the value and utility of the United Nation's Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to practitioners, jurists, and legal

academics in the United States. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 27:1-111, 2008.

Texte intégral disponible à l'adresse: <http://ssrn.com/abstract=1127382>.

Flambouras, D. P. Case law of Greek courts for the Vienne Convention (1980) for international sale of goods. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 2:2009.

Ressource électronique, disponible à l'adresse:
http://www.njcl.utu.fi/2_2009/flambouras_dionysios.pdf.

Gotanda, J. Y. Using the UNIDROIT principles to fill gaps in the CISG.

Disponible en ligne à l'adresse: <http://ssrn.com/abstract=1019277>.

Également publié dans: Contract damages: domestic and international perspectives. Saidov, D. et R. Cunnington, *dir. publ.* Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 107-122.

Hagström, V. Finns det utrymme för en allmän obligastriktionsrett i det splittrade regelsystemet? *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finlande* (Helsingfors) 6:794-800, 2009.

En suédois. Titre tel qu'il figure dans le journal: Quelle place pour la responsabilité dans un système juridique éclaté?

Hartmann, F. Ersatzherausgabe und Gewinnhaftung beim internationalen Warenkauf. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 9:5:189-201, 2009.

En allemand. Traduction du titre: Restitution en remplacement et responsabilité sur les gains dans les ventes internationales de marchandises.

Hasegawa, Toshiaki. Convention on contracts for the international sale of goods (CISG) and corporate legal affairs. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 38:1:10-12, 2010.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Hayward, B. New dog, old tricks: solving a conflict of laws problem in CISG arbitrations. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:3:405-436, 2009.

Honnold, J. O. Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention. Harry M. Flechter, *ed., quatrième édition*. Austin, Tex.; Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer Law & Business, 2009. xlv, 713 p.

Janssen, A. et O. Meyer. CISG methodology. Munich, Sellier, 2009. xii, 395 p.

Comporte les contributions suivantes: Préface/O. Lando, p. 1-4 – Methodological problems in the drafting of the CISG/E. Bergsten, p. 5-31 – Tracing methodology in the CISG: dogmatic foundations/U. Magnus, p. 33-59 – Literal interpretation: the meaning of the words/S. Eiselen, p. 61-89 – Legislative intention and the CISG/U. P. Gruber, p. 91-111 – Case law precedent and legal writing/L. A. DiMatteo, p. 113-132 – The observance of good faith in international trade/B. Zeller, p. 133-149 – An economic analysis of the CISG/Cenini, M. et F. Parisi, p. 151-170 – Homeward trend: what, why and why not/F. Ferrari, p. 171-206 – Macro-systematic interpretation of

Uniform Commercial Law: the interrelation of the CISG and other uniform sources/C. B. Andersen, p. 207-259 – The CISG and its general principles/Janssen, A. et S. C. Kiene, p. 261-285 – The role of the UNIDROIT Principles and the PECL/P. P. Viscasillas, p. 287-317 – Constructive interpretation – applying the CISG in the 21st century/O. Meyer, p. 319-342 – The interpretation of the CISG in China/Wei Li, p. 343-353 – The interpretation of the CISG in the Arab world/Hossam A. El-Saghir, p. 355-374 – CISG and arbitration/L. Mistelis, p. 375-395.

Kajita, Yukio. Chugoku ADR jireikenkyu (27, 28): keiyaku nofurikouwo megurufunsou: chusaihani no gainen no kentou. *JCA journal* (Tokyo).

Pt. 1 in 56:11:26-31, novembre 2009;

Pt. 2 in 56:12:37-41, décembre 2009.

En japonais. Traduction du titre: Études de cas sur l'Accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par route (ADR) en Chine (n^{os} 27 et 28): conflit pour rupture du contrat: dans le cadre de l'arbitrage.

Karton, J.D.H. Contract law in international commercial arbitration: the case of suspension of performance. *International and comparative law quarterly* (Londres) 58:4:863-896, octobre 2009.

_____ et L. de Germiny. Has the CISG Advisory Council come of age? *Berkeley journal of international law* (Berkeley, Calif.) 27:2:448-495, 2009.

Kashiwagi, Noboru. Accession by Japan to the Vienna Sales Convention (CISG). *University of Tokyo journal of law and politics* (Tokyo) 4:92-98, printemps 2007.

Également disponible en ligne à l'adresse:

http://www.law.usyd.edu.au/anjel/documents/ZJapanR/ZJapanR25/ZJapanR25_16_Kashiwagi.pdf.

Kato, R. Contract liability under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: regarding fundamental breach under article 25. *Kokusai shōji hōmu* (Tokyo) 37:6:726-735, 2009.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Kee, C. et E. Muñoz. In defence of the CISG. *Deakin law review* (Burwood, Vic., Australie) 14:1:99-124, 2009.

Kobayashi, Kazuhiro. Kusahaikigyohoumu ni kansuru saikin no houkihan no douko – Wien baibaijyoyaku, kokusaisaibankankatsu, kongouhoujin – (shiriizu kigyohoumushinjidai #4). *JCA journal* (Tokyo) 56:5:22-31, mai 2009.

En japonais. Traduction du titre: Avenir des normes juridiques actuelles relatives aux pratiques juridiques des sociétés internationales – Convention de Vienne sur les ventes, la compétence des tribunaux internationaux et les sociétés mixtes (La nouvelle ère des pratiques juridiques des entreprises; n^o 4).

Koch, R. Vertragsmäßigkeit der Ware bei Divergenz öffentlich-rechtlicher Vorgaben: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Systematik des Art. 35 CISG. *Internationales Handelsrecht* (München) 9:6:233-237, 2009.

En allemand. Traduction du titre: Conformité contractuelle des marchandises à la lumière de normes de droit public divergentes: analyse en regard de la structure de l'article 35 de la CVIM.

Kokusho, Kazuhiko. China's contract law (Goudouhou), its place in the global system: comparative study of its general provisions in relation to CISG, UNIDROIT, UCC and Japan's proposed new obligations law. *Kokusai shōji hōmu* (Tokyo).

Pt. 1 in 37:11:1461-1483, novembre 2009;

Pt. 2 in 37:12:1655-1672, décembre 2009;

Pt. 3 in 38:1:81-93, janvier 2010.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Kotrusz, J. Gap-filling of the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 14:1/2:119-163, 2009.

Kritzer, A. H. CISG and UCC comparisons and match-ups. *Uniform commercial code law journal* (New York) 40:3:391-404, hiver 2008.

Kruisinga, S. A. The impact of uniform law on national law: limits and possibilities – CISG and its incidence in Dutch law. *Electronic journal of comparative law* 13.2:1-20, mai 2009.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.ejcl.org/132/art132-2.pdf>.

Lando, O. Nordisk formueret i Europaeisk perspektiv. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finlande* (Helsingfors) 6:753-761, 2009.

En danois. Titre tel qu'il figure dans le journal: Nordic property law from a European perspective.

Lookofsky, J. et K. Hertz. EU-PIL: European Union private international law in contract and tort. Copenhagen, JP, JurisNet; DJØF Publishers, 2009. ix, 202 p.

Accompagné d'un CD-ROM.

Mahasneh, N. S. Liability exemption for failure to perform under both the Vienna Convention for International Sale of Goods 1980 and Islamic jurisprudence. *Arab law quarterly* (Londres) 24:1:73-103, 2010.

Maley, K. The limits to the conformity of goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *International trade and business law review* (Abington, Oxfordshire, U.K.) 12:82-126, 2009.

Markel, A. American, English and Japanese warranty law compared: should the U.S. reconsider her article 95 declaration to the CISG? *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 21:163-204, hiver 2009.

Également disponible en ligne à l'adresse:

<http://digitalcommons.pace.edu/intlaw/292>.

Martin-Davidson, S. J. Selling goods internationally: scope of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Michigan State journal of international law* (East Lansing, Mich.) 17:3:657-702, 2009.

Matsunaga, Shinomi. CISG 19jyo3ko ni okerufunsokaiketsujyoko: hanrei no kentokara. *JCA journal* (Tokyo).

Pt. 1 in 57:2:2-6, février 2010.

En japonais. Traduction du titre: Le paragraphe 3 de l'article 19 de la CVIM comme clause de résolution des différends: étude de cas.

McCormack, J. Commercial contracts in Muslim countries of the Middle East: a comparison with the United States. *International journal of legal information* (Washington, D.C.) 37:1:1-28, 2009.

Mercurio, B. *et al.* Considerations in the international sale of goods. In *International business law*. Melbourne, Australie, Oxford University Press, 2010. chap. 2. p. 11-50.

Metzger, A. Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gemäß Art. 41, 42 CISG. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 73:4:842-865, 2009.

En allemand avec résumé en anglais, p. 865.

Traduction du titre: Garanties contre les prétentions des tiers en vertu des articles 41 et 42 de la CVIM.

Miyoshi, Yoshiyasu. Chugoku minshohô no riron to jitsumu (27): Wien baibai yoyaku to chugokukeyakuhô. *JCA journal* (Tokyo) 56:11:44-52, novembre 2009.

En japonais. Traduction du titre: Théorie et pratique du droit civil chinois (N° 27): Vienna Sales Convention vs. Chinese contract law.

Morrissey, J. F. *et* J. M. Graves. *International sales law and arbitration: problems, cases and commentary*. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2008. xxvi, 500 p.

Moss, G. C. The "Troika" and its effects on the harmonisation of contract law – illustrated by the duty of good faith between the parties. *Transnational dispute management* 6:1, mars 2009.

Ressource électronique payante, disponible à l'adresse:
<http://www.transnational-dispute-management.com/>.

Murray Jr., J. E. *et* H. Flechtner. *Sales, leases and electronic commerce: problems and materials on national and international transactions*. St. Paul, Minn., Thomson Reuters, 2009. xxxix, 505 p.

Neumann, T. Shared responsibility under Article 80 CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 2:2009.

Ressource électronique, disponible à l'adresse:
http://www.njcl.utu.fi/2_2009/neumann_thomas.pdf.

Niibori, Satoshi. Gulobalu shotorihikiho kakuron: Wien baibai joyaku go no kokusai Shotorihikiho toitsu no yukue – joyakukarano risuteitomento e. *JCA journal* (Tokyo).

Pt. 5 in 56:3:56-61, mars 2009;

Pt. 6 in 56:4:58-63, avril 2009;

- Pt. 7 in 56:5:60-64, mai 2009;
Pt. 8 in 56:6:54-59, juin 2009;
Pt. 9 in 56:7:44-48, juillet 2009;
Pt. 10 in 56:8:49-53, août 2009;
Pt. 11 in 56:9:60-66, septembre 2009;
Pt. 12 in 56:10:72-76, octobre 2009;
Pt. 13 in 56:11:60-63, novembre 2009;
Pt. 14 in 56:12:51-55, décembre 2009;
Pt. 15 in 57:1:65-68, janvier 2010;
Pt. 16 in 57:2:58-61, février 2010.

En japonais. Traduction du titre: Sujets relatifs au droit commercial, harmonisation du droit commercial international après la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): du traité à la reformulation.

Nishiguchi, Hiroyuki. Wagakuniniokeru CISGjishito kongonokadai – keiyakuteiketsujo no kashitsusekininwo chuushintoshite. *JCA journal* (Tokyo) 56:10:21-27, octobre 2009.

En japonais. Traduction du titre: Incorporation de la CVIM au Japon et questions à venir – tout particulièrement sur la responsabilité en matière de faute dans la conclusion des contrats.

Onuki, Masaharu. Kaigaihanbai-Dailitenkeiyaku no Jitsumu – Dai ni kai. *JCA journal* (Tokyo) 56:6:60-65, 2009.

En japonais. Traduction du titre: Pratiques des ventes outre-mer et contrats d'agence.

Perakis, E. The structures of Greek private law. *Revue hellénique de droit international = Hellenic review of international law* (Athènes) 60:237-250, 2007.

Philippopoulos, G. V. Awareness of the CISG among American attorneys. *Uniform commercial code law journal* (New York) 40:3:357-371, hiver 2008.

Piltz, B. Recent developments in UN law on international sales (CISG). *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 3:134-142, 2009.

Pribetic, A. I. An “unconventional truth”: conflict of laws issues arising under the CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finlande) 1:2009.

Ressource électronique, disponible à l'adresse:
http://www.njcl.utu.fi/1_2009/article3.pdf.

Saare, K., K. Sein et M.-A. Simovart. The buyer's free choice between termination and avoidance of a sales contract. *Juridica international* (Tartu, Estonie) 15:43-53, 2008.

Disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.juridicainternational.eu/index/2008/vol-xv/the-buyers-free-choice-between-termination-and-avoidance-of-a-sales-contract>.

Saumier, G. International debt collection and the CISG. In *International commercial debt collection*. D. Franklin. Toronto, Thomson Carswell, 2007. p. 11-21.

Schappais, J. Using the new international sales rules: some practical tips for avoiding common traps of the CISG. *New Hampshire business review* (Manchester, N.H.), 27 février 2009.

Journal, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.nhbr.com>.

Schlechtriem, P. et P. Butler. UN Law on International Sales: the UN Convention on the International Sale of Goods. Heidelberg, Allemagne, Springer, 2009. liii, 351 p.

Schwenzer, I. et P. Hachem. The CISG - successes and pitfalls. *American journal of comparative law* (Ann Arbor, Mich.) 57:2:457-478, 2009.

Schwenzer, I. et C. Kee. Countertrade and the CISG. *Internationales Handelsrecht* (München) 9:6:229-233, 2009.

Schwenzer, I. Wider perspective: force majeure and hardship in international sales contracts. *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 39:4:709-726, avril 2009.

Senechal, T. J. et J. Y. Gotanda. Interest as damages. *Columbia journal of transnational law* (New York) 47:1:491-536, 2009.

Shariff, M. J. et K. Marechal de Carteret. Revisiting the battle of the forms: a case study approach to legal strategy development. *Asper review of international business and trade law* (Winnipeg, Man.) 9:21-64, 2009.

Shin, Chang Sop. The enforcement of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a case comment. *Asian business lawyer* (Séoul) 4:57-67, automne 2009.

Shulman, M. R. et L. Singh. "The diligent will be shown the path to Heaven": China's implementation of the UN Sales Convention through arbitral tribunals. *Columbia journal of transnational law* (New York) 48:2, 2010, [44] p.

Également disponible en ligne à l'adresse:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1457939.

Solorzano, J. S. An uncertain penalty: a look at the international community's inability to harmonize the law of liquidated damage and penalty clauses. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 15:779, automne 2009.

Spanogle, J. A. et al. Global issues in contract law. St. Paul, Minn., Thomson/West, 2007. xix, 208 p. (American casebook series).

Cet article introduit des questions juridiques internationales, comparatives et transnationales dans le cours normal des contrats, et prend en considération le statut et la portée de la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980).

Comporte une bibliographie, p. 182-201.

Spagnolo, L. The Last outpost: automatic CISG opt outs, misapplications and the costs of ignoring the Vienna Sales Convention for Australian lawyers. *Melbourne journal of international law* (Melbourne) 10:1:141-216, mai 2009.

Également disponible en ligne à l'adresse:

[http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2009\(1\)/10Spagnolo.pdf](http://www.mjil.law.unimelb.edu.au/issues/archive/2009(1)/10Spagnolo.pdf).

Édition spéciale “Issues on the CISG Horizon – Conference in Honour of Peter Schlechtriem (1933-2007)”, Conférence de la Moot Alumni Association, Vienne, 2 avril 2009. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 13:1:1-250, 2009.

Comporte des articles présentés à la Conférence de la Moot Alumni Association, consacrée à la Convention des Nations Unies sur les ventes (1980): Remarques introductives/E. Opie, p. 1-2 – The life and legacy of Peter Schlechtriem/I. Schwenzer, p. 3-10 – ‘Issues on the CISG Horizon’ – Dedication to Peter Schlechtriem, A. Kritzer, p. 11-14 – Homeward trend and lex forism despite uniform sales law/F. Ferrari, p. 15-42 – The global jurisconsultorium of the CISG revisited/C. Andersen, p. 43-70 – Can the CISG Advisory Council affect the homeward trend?/Karton, Joshua D. H. *et* L. de Germiny, p. 71-90, Selected issues relating to the CISG’s scope of application/H. M. Flechtner, p. 91-108, Extending the CISG to non-privity parties/Schwenzer, I. *et* M. Schmidt, p. 109-122, Standard terms under the CISG/P. Huber, p. 123-134 – A glimpse through the kaleidoscope: choices of law and the CISG (Kaleidoscope pt. I)/L. Spagnolo, p. 135-156 – Rats in the kaleidoscope: rationality, irrationality and the economics & psychology of opting in & out of the CISG (Kaleidoscope pt. II)/L. Spagnolo, p. 157-178 Global uniform sales law – with a European twist? CISG interaction with EU Law/U. G. Schroeter, p. 179-196 – The present state of damages under the CISG: a critical assessment/D. Saidov, p. 197-216 – Fixed sums in CISG contracts/P. Hachem, p. 217-228 – When recessions create windfalls: the problems of using domestic law to fix interest rates under article 78 CISG/J. Y. Gotanda, p. 229-240 – Promoting the adoption of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)/L. G. Castellani, p. 241-248 – Book Review of ‘The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments’ by D. Saidov/E. Opie, p.249-250.

L’article de U. G. Schroeter est également disponible en ligne à l’adresse: <http://ssrn.com/abstract=1417988>.

Spoorenberg, F. Offsetting losses and profits in case of breach of commercial sales/purchase agreements under Swiss law and the Vienna Convention on the International Sale of Goods. *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 29:4:357-362, juillet/août 2009.

Symposium: the application and interpretation of the CISG in Member States with emphasis on litigation and arbitration in the P. R. of China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 10:81-164, 2008-2009.

Titres des articles: Celebrating and researching the CISG: progress in the rule of law in the PRC/A. H. Kritzer, p. 81-89 – Traders, lawyers and the rule of law/M. R. Shulman, p. 90-93 – The CISG and INCOTERMS 2000/J. Ramberg, p. 94-99 – The CISG and the UNIDROIT principles of international commercial contracts: two complementary instruments/M. J. Bonell, p. 100-117 – The nature and consequences of avoidance of the contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods/M. Bridge, p. 118-128 – Contract drafting under the CISG/C. Witz, p. 129-137 – The CISG and electronic issues/S. Eiselen, p. 138-155 – Japan’s accession to the CISG: the Asia factor/H. Sono, p. 156-164.

L'article de H. Sono est également publié dans *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:1:105-114, 2008. Il est aussi disponible en ligne à l'adresse: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono5.html>.

Teichert, U. Lückenfüllung im CISG mittels UNIDROIT-Prinzipien: zugleich ein Beitrag zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts. Frankfurt am Main, New York; P. Lang, 2007. lxxiii, 300 p. (Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Comparative and international law studies; vol. 129).

En allemand. Traduction du titre: Combler les lacunes de la CVIM à l'aide des principes d'UNIDROIT: contribuer à l'éligibilité des juridictions non étatiques.

Thomaeus, B. Committee reconsiders Nordic reservations to Part II of CISG. *International law office newsletters*, 22 juin 2009.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.internationallawoffice.com/>.

Troiano, S. To what extent can the notion of "reasonableness" help to harmonize European contract law? Problems and prospects from a civil law perspective. *European review of private law* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 17:5:749-787, 2009.

Veneziano, A. A common European law on sales? *In European private law beyond the common frame of reference: essays in honour of Reinhard Zimmermann*. A. Vaquer, *dir. publ.* Groningen, Europa Law Pub., 2008. chap. 5. p. 43-53.

Viglione, F. Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective. *European business law review* (Paris) 20:6:835-850, 2009.

Witz, C. Un double éclairage sur le délai butoir de deux ans consacré par la Convention de Vienne: note sous Civ. 1^{re}, 8 avril 2009, et Com. 3 février 2009. *Recueil Dalloz* (Paris) 185:43:2907-2910, 2009.

Yang, Fan. CISG in China and beyond. *Uniform commercial code law journal* (New York) 40:3:373-389, hiver 2008.

Yongping, Xiao *et* Long Weidi. Selected topics on the application of the CISG in China. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:61-103, printemps 2008.

Également disponible en ligne à l'adresse:
<http://digitalcommons.pace.edu/intlaw/280>.

Zeller, B. Uniformity of laws: a reality or just a myth? *International journal of private law* (Londres) 2:1:3-14, 2009.

Zorlu, R. Formation of the contract according to CISG and Turkish law compared. AK & EL Law Firm, copyright. *HG.org* [ressource électronique].

Disponible en ligne à l'adresse: <http://www.hg.org/article.asp?id=6675>.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

- Adell, S. La nouvelle loi dominicaine sur l'arbitrage commercial, du 19 décembre 2008. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 3:503-516, juillet-septembre 2009.
- Aden, M. Die UNCITRAL-Verfahrensordnung. *In Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC-DIS-Wiener Regeln UNCITRAL-LCIA. 2. Auflage.* München, Verlag C.H. Beck, 2003. p. 573-664.
- Adolf, H. Syarat tertulis dan independensi klausul arbitrase. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 6:2009.
En indonésien, avec résumé en anglais, p. 21-23.
Traduction du titre: Conditions des clauses écrites et indépendantes sur l'arbitrage.
- Aguirre, A., N. Manasía Fernández et Y. Bermúdez Abreu. Sinergia natural en las relaciones privadas internacionales: comercio y arbitraje internacional. *Revista de ciencias jurídicas* (San Jose) 112:17-50, janvier-avril, 2007.
En espagnol. Traduction du titre: Synergie naturelle dans les relations internationales privées: commerce et arbitrage international.
- Alexander, N. International and comparative mediation: legal perspectives. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2009. xxvi, 508 p.
- Al-Fadhel, F. M. Respect for party autonomy under current Saudi Arbitration Law. *Arab law quarterly* (Leiden, Pays-Bas) 23:1:31-57, 2009.
- Ali, Shahla F. Approaching the global arbitration table: comparing the advantages of arbitration as seen by practitioners in East Asia and the West. *Review of litigation* (Austin, Texas) 28:791-844, été 2009.
- Ambrose, C., K. Maxwell et A. Parry. The Arbitration Act 1996. *In London maritime arbitration. Troisième édition.* Londres, Informa, 2009. chap. 2. p. 19-29.
- Arvind, T. T. The “transplant effect” in harmonization. *International and comparative law quarterly* (Londres) 59:1:65-88, janvier 2010.
- Ashford, P. Handbook on international commercial arbitration. Huntington, N.Y., JurisNet LLC, 2009. xiv, 586 p.
- Bachand, F. Kompetenz-Kompetenz, Canadian style. *Arbitration international* (Londres) 25:3:431-453, 2009.
- Bamforth, R. et K. Maidment. “All join in” or not? How well does international arbitration cater for disputes involving multiple parties or related claims? *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:1:3-25, 2009.
- Bashayreh, M. H. Lex mercatoria and arbitration agreements: perspectives from Greek and Jordanian law. *Revue hellénique de droit international = Hellenic review of international law* (Athènes) 62:1:157-198, 2009.

- Bedikian, M. A. Triumph of progress: the embrace of international commercial arbitration. *In Progress in international law*. Miller, R. A. et R. M. Bratspies, dir. publ. Leiden, Pays-Bas; Boston, Mass., Nijhoff, 2008. p. 517-537.
- Berg, A. J. van den, dir. gén. 50 years of the New York Convention: ICCA international arbitration conference. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2009. xi, 767 p.
- L'article de D. D. Caron est également disponible en ligne à l'adresse: http://works.bepress.com/david_caron/96.
- Bernardini, P. L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006. *Diritto del commercio internazionale* (Genova, Italie) 23:3:481-501, 2009.
- En italien Traduction du titre: L'arbitrage international en Italie après la réforme de 2006.
- _____. L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali. 2^e édition. Milan, Giuffrè Editore, 2008. xvi, 541 p.
- En italien. Traduction du titre: L'arbitrage dans le commerce et l'investissement international.
- Bhatia, V. K., C. N. Candlin et R. Sharma. Confidentiality and integrity in international commercial practice. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 75:1:2-13, 2009.
- Binder, C. et al., dir. publ. International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer. New York, Oxford, 2009. lxvi, 970 p.
- Bismuth, R. Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:6:773-821, 2009.
- Born, G. B. International commercial arbitration. *Troisième édition*. Austin, Texas; Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2009. 2 v.
- _____. International litigation and arbitration: the principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings. *University of Pennsylvania journal of international law* (Philadelphia, Pa.) 30:4:999-1034, été 2009.
- Bortolotti, F. International arbitration. *In Drafting and negotiating international commercial contracts*. Paris, ICC, 2008, chap. 4, p. 93-124.
- Budylin, S. Judging the arbiters: the enforcement of international arbitration awards in Russia. *Review of Central and East European law* (Leiden, Pays-Bas) 34:2:137-172, 2009.
- Bühler, M. W. et T. H. Webster. Handbook of ICC arbitration: commentary, precedents, materials. *Deuxième édition*. Londres, Sweet & Maxwell, 2008. lxiii, 811 p.
- Carbonneau, T. E. The law and practice of arbitration. *Troisième édition*. Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2009. xxx, 569 p.
- Cheng, Tai-Heng. New tools for an old quest: a commentary on Kleinheisterkamp: the impact of internationally mandatory laws on the enforceability of

- arbitration agreements. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 3:2:121-132, 2009.
- Cimmino, D. Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2008. xlviii, 311 p.
- En allemand. Traduction du titre: La loi type de la CNUDCI sur les procédures de l'Accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par route (ADR) dans les litiges commerciaux.
- Clapham, J. Finality of investor-State arbitral awards: has the tide turned and is there a need for reform? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:3:437-466, 2009.
- Clay, T. La Convention de New York vue par la doctrine française. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:1:50-65, 2009.
- Cremades, B. M. et A. M. Blanco. Modification by agreement of the statutory grounds to set aside international arbitral awards in Spain. *American review of international arbitration* (New York) 18:3:289-295, 2007.
- Cuniberti, G. Beyond contract: the case for default arbitration in international commercial disputes. *Fordham international law journal* (New York) 32:4:417, janvier 2009.
- Developments affecting the choice of arbitral seat and institution in China-related contracts: mainland China, Hong Kong or elsewhere? *In 2009 International arbitration report*. <http://www.fulbright.com/L.L.P>, mai 2009. p. 1-7.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.fulbright.com/>.
- Dundas, H. R. The arbitration (Scotland) act 2010: converting vision into reality. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 76:1:2-15, 2010.
- Дутка, І. Превентивність Типового Закону про міжнародний арбітраж ЮНСИТРАЛ в аспекті Українського законодавства про третейське судочинство. *In Перший львівський міжнародний форум, 12-13 червня 2008 року: проблеми альтернативного судочинства в Україні*. Львів, ЛДІНТУ ім. В. Чорновола, 2008. p. 27-35.
- En ukrainien. Traduction du titre: La loi type de la CNUDCI à la lumière de la législation ukrainienne sur les procédures d'arbitrage.
- Edwards, A. The UAE's new arbitration law: is there an easier way? *In Construction management guide: special collection of articles from various sources*.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://cmguide.org/archives/1254>.
- El-Hakim, J. La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie, n° 4 du 25 mars 2008 entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 50:5-11, 2009.
- Elsing, S. H. et A. N. Diehl. The challenge of developing common mediation law regimes in Europe and the United States: from "patchwork" to coherence? *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 3:1:1-48, 2009.

- Enforcement and recognition of foreign arbitral awards by Chinese courts. *In* 2009 International arbitration report. Fulbright & Jaworski L.L.P. 2:4-7, 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.fulbright.com/>.
- Fauvarque-Cosson, B. *et* A. Wald, *dir.* L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI^e siècle: aspects de droit comparé. Paris, Société de législation comparée, 2008. 422 p.
- Fox, W. F. The wisdom of international commercial mediation and conciliation. *In* A liber amicorum: Thomas Wälde: law beyond conventional thought. Werner, J. *et* Arif Hyder Ali, *dir. publ.* Londres, Cameron, mai 2009, p. 43-53.
- Franke, U. Arbitral institutions: trends and developments. *Asian dispute development* (Hong Kong) 114-117, octobre 2009.
- Fry, J. D. Désordre public international under the New York Convention: wither truly international public policy. *Chinese journal of international law* ([Beijing]) 8:1:81-134, mars 2009.
- Gaillard, E. *et* D. Di Pietro, *dir. publ.* Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice. Londres, Cameron, mai 2008, 988 p.
- Gehle, B. The arbitration rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 13:2:251-274, 2009.
- Gibson, C. S. Arbitration, civilization and public policy: seeking counterpoise between arbitral autonomy and the public policy defense in view of foreign mandatory public law. *Penn State law review* (Carlisle, Pa.) 113:4:1227-1268, printemps 2009.
- Disponible en ligne à l'adresse: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394447.
- Graves, J. ICA and the writing requirement: following modern trends towards liberalization or are we stuck in 1958? *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade law review* (Belgrade) 57:3:36-44, 2009.
- Griffith, G. *et* A. D. Mitchell. Contractual dispute resolution in international trade: the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980). Melbourne, Australie, faculté de droit de Melbourne, 2007. Legal studies research paper No. 217. p. 184-199.
- Disponible en ligne à l'adresse:
http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969256&rec=1&sr_cabs=986507.
- Guide to national rules of procedure for recognition and enforcement of New York Convention awards: report from the ICC Commission on Arbitration. *International Court of Arbitration bulletin*: 2008 special supplement (Paris) 3-349, 2008.

Ce numéro spécial propose des informations pays par pays sur les situations juridiques locales influant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

- Gupta, N. Enforcement of foreign awards under the Arbitration and Conciliation Act, 1996: a review of the Supreme Court judgment in Venture Global Engineering Case. *Indian journal of international law* (New Delhi) 49:2:255-270, avril-juin 2009.
- Hamilton, C. A. et G. M. Torres. El reglamento de arbitraje del 2009 de la CAM: ¿es acorde con los usos internacionales? *Derecho de los negocios* (Madrid) 21:232:5-11, janvier 2010.
- En espagnol, avec résumé en anglais. Traduction du titre: Le règlement d'arbitrage 2009 de la Chambre de commerce de Madrid (CAM) est-il conforme aux pratiques internationales?
- Hamilton, J. C. International litigation and arbitration: three decades of Latin American commercial arbitration. *University of Pennsylvania journal of international law* (Philadelphia, Pa.) 30:4:1099-1120, été 2009.
- Harmathy, A. New experiences of international arbitration: with special emphasis on legal debates between parties from Western Europe and Central and Eastern Europe. In General reports of the XVIIth congress of the International Academy of Comparative Law = Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé. Boele-Woelki, K. et S. van Erp, dir. publ. Bruxelles, Bruylant; Utrecht, Pays-Bas, Eleven International Publishing, 2007, p. 309-323.
- Heiskanen, V. Forbidding dépeçage: law governing investment treaty arbitration. *Suffolk transnational law review* (Boston, Mass.) 32:2:367-408, 2009.
- Disponible en ligne à l'adresse:
http://www.lalive.ch/files/vhe_Forbidding_Depeçage_Law_Governing_Investment_Treaty_Arbitration_2009.pdf.
- Helou, C. The new arbitration law of the "Dubai International Financial Centre". *Journal of Arab arbitration* (Liban) 1:133-160, 2009.
- Henderson, A. Enforcement of arbitral awards in Indochina. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:6:841-857, 2009.
- Hope, J. International arbitration in Scotland: a view from abroad. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 76:1:16-20, 2010.
- Horvath, E. A handy tool for the settlement of international commercial disputes. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 27:3/4:783-790, printemps 2009.
- Hulbert, R. W. Shades of yesteryear: a note on the 1958 U.S. Delegation report on the New York Convention. *American review of international arbitration* (New York) 19:1:121-125, 2008.
- Jamil, Shahid. Pakistani arbitration: towards the Model Law. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 75:4:533-537, 2009.

- Jones, D. Competence-competence. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 75:1:56-64, 2009.
- Jurisdiction and the New York Convention: the challenge of enforcing an award in the United States. *Miami arbitration reports* (Miami, Fla.) 1:5:11-13, 2009.
- Kachwaha, S. India: arbitration in India: an introduction. *Mondaq*, 25 avril 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=78362>.
- Kang, Pyoung Keun. The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules with specific reference to the treaty-based arbitration. *Tongsang-bubryul = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:40-63, 2009.
- En coréen, avec résumé en anglais, p. 62-63.
- Kasawneh, N. A. et V. Sfeir. Arbitration and mediation in the Arab world: a growing phenomenon. *Arab comment*, 31 janvier 2010.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://arabcomment.com/2010/arbitration-mediation-in-the-arab-world-a-growing-phenomenon/>.
- Kaur, H. The 1996 Arbitration and Conciliation Act: a step toward improving arbitration in India. *Hastings business law journal* (San Francisco, Calif.) 6:261-373, hiver 2010.
- Kerr, J. J. Comparison of international arbitration rules. Troisième édition. Huntington, N.Y., Juris Publ., 2008. iv, 163, 120 p.
- Kessedjian, C. Le règlement 44/2001 et l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:699-729, 2009.
- Keyes, M. Jurisdiction under the Hague Choice of Courts Convention: its likely impact on Australian practice. *Journal of private international law* (Oxford, U.K.) 5:2:181-211, 2009.
- Kleinheisterkamp, J. The impact of internationally mandatory laws on the enforceability of arbitration agreements. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 3:2:91-120, 2009.
- Knahr, C. et al., dir. publ. Investment and commercial arbitration: similarities and divergences. Utrecht, Pays-Bas, Eleven International Publishing, 2010. 197 p.
- Корабельников, Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей: комментарий к Нью-Йоркской Конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд. Moscou, Статут, 2008. 605 с.
- En russe. Traduction du titre: Exécuter et contester des décisions des tribunaux d'arbitrage commercial internationaux: commentaire sur la Convention de New York de 1958 et chapitres 30 et 31 du Code de procédure arbitrale 2002 de la Fédération de Russie.
- Lanctot, R. Reality check: is the United States' arbitration fairness act of 2009 likely to cause problems with international arbitration beyond theory? *Vindobona*

journal of international commercial law and arbitration (Vienne) 13:2:307-330, 2009.

Lazić, V. The impact of uniform law on national law: limits and possibilities – commercial arbitration in the Netherlands. *Electronic journal of comparative law* 13.2:1-21, mai 2009.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.ejcl.org/132/art132-3.pdf>.

Lesyuk, V. Arbitrage commercial international: l'expérience de l'Autriche. In *Перспективи застосування альтернативних способів вирішення спорів (ADR) в Україні = Perspectives d'application de méthodes alternatives pour le règlement des différends en Ukraine*. Lviv, Ukraine, LDINTU im V. Chornovola, 2009, p. 166-174.

En ukrainien, avec résumé en anglais.

Levine, J. Current trends in international arbitral practice as reflected in the revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. *Transnational dispute management* 6:1, mars 2009.

Ressource électronique payante, disponible à l'adresse:
<http://www.transnational-dispute-management.com/>.

Lew, Julian D. M. Does national court involvement undermine the international arbitration practice? *American University international law review* (Washington, D.C.) 24:3:489-538, 2009.

Lewis, D. The Hong Kong arbitration ordinance: proposed changes. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 5:2:109-141, 2009.

Liatowitsch, M. Schiedsgerichtsbarkeit: 12. Kapitel IPRG und das UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. In *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après*. Bonomi, A. et E. Cashin Ritaine, dir. publ. Genève, Schulthess, 2009, p. 215-222.

En allemand. Traduction du titre: Arbitrage: Chapitre 12 L'IPRG (statut de droit privé international) et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Lookofsky, J. et K. Hertz. EU-PIL: European Union private international law in contract and tort. Copenhagen, JP, JurisNet; DJØF Publishers, 2009. ix, 202 p.

Accompagné d'un CD-ROM.

Luttrell, S. et G. A. Moens. The Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration: distinctive features. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 75:4:521-532, 2009.

Luttrell, S. R. The changing lex arbitri of the UAE. *Arab law quarterly* (Leiden, Pays-Bas) 23:2:139-166, 2009.

_____. Commentary on the 2008 Arbitration Law of the Dubai International Finance Centre. *International journal of private law* (Londres) 2:1:31-45, 2009.

- Ma, Winnie (Jo-Mei). Recommendations on public policy in the enforcement of arbitral awards. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 75:1:14-27, 2009.
- Malinvaud, C. Modification de la Loi modèle CNUDCI sur les mesures intérimaires: un texte de compromis sur les mesures *ex parte*. In *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI^e siècle: aspects de droit comparé*. Fauvarque-Cosson, B. et A. Wald, dir. Paris, Société de législation comparée, 2008. p. 61-71.
- Manjiao, Chi. Is it time for change?: a comparative study of Chinese arbitration law and the 2006 revision of UNCITRAL Model Law. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 5:2:142-166, 2009.
- Mantilla-Serrano, F. La nouvelle loi péruvienne sur l'arbitrage du 27 juin 2008. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:731-739, 2009.
- Martinez-Fraga, P. J. Application and avoidance of §28 U.S.C. §1782 discovery in international commercial arbitration; can the New York Convention and the doctrine of "manifest disregard of the law" help or hurt? *Transnational dispute management* 6:1, mars 2009.
- Ressource électronique payante, disponible à l'adresse:
<http://www.transnational-dispute-management.com/>.
- Mazzotta, F. G. The written form requirement of an arbitration agreement in light of new means of communication. In *Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer*. Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, dir. publ. Londres, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008, p. 326-346.
- McLean, D. J. International litigation and arbitration: toward a new international dispute resolution paradigm: assessing the congruent evolution of globalization and international arbitration. *University of Pennsylvania journal of international law* (Philadelphia, Pa.) 30:4:1087-1098, été 2009.
- Mercurio, B. et al. Dispute resolution: arbitration. In *International business law*. Melbourne, Australie, Oxford University Press, 2010, chap. 13, p. 487-538.
- Messmann, S. et T. Tajti, dir. publ. The case law of Central and Eastern Europe: enforcement of contracts. Berlin, European University Press, 2009. vol. 1, 531 p., ix. vol. 2, p. 532-1087, ix.
- Mistelis, L. A. et S. L. Brekoulakis, dir. publ. Arbitrability: international and comparative perspectives. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2009. xxiv, 375 p. (International arbitration law library; no. 19).

Comporte les contributions suivantes avec références aux textes sur l'arbitrage de la CNUDCI: chap. 1. Arbitrability – international and comparative perspectives: is arbitrability a national or an international law issue?/ L. A. Mistelis, p. 1-17 – chap. 2. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern/S. L. Brekoulakis, p. 19-45 – chap. 3. The death of inarbitrability/K. Youssef, p. 47-67 – chap. 5. General remarks on arbitrability under the New York Convention/D. Di Pietro, p. 85-98 – chap. 6. Law applicable to arbitrability: revisiting the revisited *lex fori*/S. L. Brekoulakis, p. 99-119 – chap. 7. On arbitrability: the arbitrator as a problem

- solver/H. Pamboukis, p. 121-142 – chap. 16. The ‘arbitrability’ of disputes arising from commercial representation/S. Kröll, p. 317-350.
- Monichino, A. Reform of the Australian domestic arbitration acts: it’s time. *Arbitrator & mediator* (Melbourne) 28:1:83-102, octobre 2009.
- Montashami, R. et S. Tannous. Arbitration at the Dubai International Financial Centre: a common law jurisdiction in the Middle East. *Arbitration international* (Londres) 25:2:173-185, 2009.
- Moollan, S.A.H. Brève introduction à la nouvelle loi mauricienne sur l’arbitrage international. *Revue de l’arbitrage* (Paris) 4:933-941, 2009.
- Morrissey, J. F. et J. M. Graves. International sales law and arbitration: problems, cases and commentary. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2008. xxvi, 500 p.
- Myšáková, P. Vymezení mezinárodní obchodní arbitráže: problematika mezinárodního prvku. *Právník* (Praha) 148:4:377-388, 2009.
- En tchèque, avec résumé en anglais, p. 388.
- Titre en anglais. Limites de l’arbitrage commercial international: le dilemme de la définition de l’élément international.
- Nakamura, Tatsuya. The application of the New York Convention to investment arbitration. *Mealey’s international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 24:3:25-30, mars 2009.
- _____. Toushichuusai ni okeru jittaikihan no ketteinitsuite. *JCA journal* (Tokyo).
Pt. 1 in 56:2:18-25, 2009;
Pt. 2 in 56:3:17-25, 2009.
- En japonais. Traduction du titre: Décider des règles juridiques de fond pour l’arbitrage sur les investissements.
- Nariman, F. S. International arbitration in the twenty-first century: concepts, instruments and techniques. *Trade, law and development* (Jodhpur, Rajasthan, Inde) 1:2:308-318, automne 2009.
- Également disponible en ligne à l’adresse:
<http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/1%282%29%20TL%26D%20308%20%282009%29>.
- Noel, G. Mauritius: Mauritius adopts legal framework for international arbitration. *Mondaq*, 23 juillet 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l’adresse:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=83156>.
- Nygh, N. et S. Luttrell. The domestication of the Model Law in Australia. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (Londres) 75:4:488-490, 2009.
- Olawoyin, A. A. Charting new waters with familiar landscape. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 26:3:373-404, 2009.

Onyema, E. Enforcement of arbitral awards in Sub-Sahara Africa. Inaugural Conference of the Alumni & Friends of the School of International Arbitration (AFSIA): issues relating to enforcement in international arbitration. Londres, 3 décembre 2008.

Présentation non publiée.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<https://eprints.soas.ac.uk/5996/>.

Otto, D. Formalien bei der Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsentscheidungen nach dem New Yorker Schiedsgerichtsabkommen (zu OGH, 3.9.2008-3 OB 35/08f, oben S. 352, Nr. 25). *IPRax* (Bielefeld, Allemagne) 29:4:362-364, juillet/août 2009.

En allemand. Traduction en français: Les formalités d'exécution des sentences arbitrales étrangères en application de la Convention de New York (OGH, 3.9.2008-3 OB 35/08f, supra p. 352, n° 25).

Parikh, S. *et al.* Indono shojifunsoukaiketsugaisetsu (7). *JCA journal* (Tokyo) 56:3:26-32, 2009.

En japonais. Traduction du titre: Vue d'ensemble sur des résolutions de litiges commerciaux en Inde.

Quintana Adriano, E. A. Commercial arbitration: its harmonization in international treaties, regional treaties and internal law. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 27:3/4:817-850, printemps 2009.

Ramsden, P. The law of arbitration: South African and international arbitration. Cape Town, Juta, 2009. lxii, 334 p.

Rau, A. S. Comment: mandatory law and the enforceability of arbitration agreements. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 3:2:133-148, 2009.

Richter, C. International commercial arbitration. In *International commercial debt collection*. Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 37-44.

Rothstein, D. J. A proposal to clarify U.S. law on judicial assistance in taking evidence for international arbitration. *American review of international arbitration* (New York) 19:1:61-89, 2008.

Sattar, S. National courts and international arbitration: a double-edged sword? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:1:51-73, 2010.

Schaner, L. S. *et J. R. Schleppenbach*. Looking back at 2007: another good year for the enforcement of international arbitral awards in the US. *Dispute resolution journal* (New York) 63:2:80-87, mai/juillet 2008.

Schlabrendorff, F. von. Ethical standards for arbitrators, hybrid proceedings, rules of transnational law: are we moving towards a uniform law of international arbitration? *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade law review* (Belgrade) 57:3:90-115, 2009.

Slater, M. D. On annulled arbitral awards and the death of Chromalloy. *Arbitration international* (Londres) 25:2:271-292, 2009.

- Smit, H. Annulment and enforcement of international arbitral awards: a practical perspective. *American review of international arbitration* (New York) 18:3:297-308, 2007.
- Song, Lianbin *et* Yuan Kong. Recent developments of Chinese arbitration law: a comment on the Supreme People's Court's in 2006 new interpretation. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 10:180-193, 2008-2009.
- Sorieul, R. L'œuvre normative de la CNUDCI dans le domaine des règlements des différends. In *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI^e siècle: aspects de droit comparé*. Fauvarque-Cosson, B. *et* A. Wald, *dir.* Paris, Société de législation comparée, 2008. p. 43-59.
- Special forum: Swedish Arbitration Association Conference on public policy in international arbitration, septembre 4-5, 2008. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 2:55-165, 2008.
- Documents présentés à la conférence qui discutait, entre autres, de l'exception d'ordre public à l'exécution des sentences arbitrales étrangères en vertu de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958): A preface: public policy: still the unruly horse?/ H. G. Bagner, p. 55-58 – The scope of review in annulment proceedings/ P. Bernardini, p. 59-71 – An introduction to international public policy/ Lord Goldsmith, p. 73-77 – The common law approach to public policy in international arbitration/J. M. Hertzfeld, p. 79-89 – Public policy as grounds for annulment of or non-recognition or enforcement of arbitral awards in East Asia/Michael Hwang *et* Shaun Lee, p. 91-114 – Issues of substantive international public policy/S. Jagusch, p. 115-133 – Public policy in Swiss international arbitration law: for once, adjectives make a difference/ P. A. Karrer, p. 135-141 – Standards of procedural international public policy/R. H. Kreindler, p. 143-149 – The public policy exception to the enforcement of international arbitral awards/D. W. Rivkin, p. 151-165.
- Svetlicinii, A. Enforcement of foreign arbitral awards and foreign judgments in the Republic of Moldova. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 10:194-213, 2008-2009.
- _____. New rules for commercial arbitration in the Republic of Moldova: a step forward? *European business law review* (Londres) 20:5:767-777, 2009.
- Tong Chun Fai, Edwin *et* N. Dewan. "Wither" or "whether" to consolidate international arbitration proceedings. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 24:3:31-39, mars 2009.
- Tuininga, K. International commercial arbitration in Cuba. *Emory international law review* (Atlanta, Ga.) 22:2:571-638, 2008.
- Également disponible en ligne à l'adresse:
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=kevin_tuininga.
- Walsh, T. W. The UNCITRAL Arbitration Rules and first options: failing to clearly and unmistakably evince the intent to arbitrate issues of arbitrability. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 2:3:87-95, 2008.

Webster, T. H. *Functus officio and remand in international arbitration. ASA Bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:3:441-465, 2009.

Wolff, R. *Judicial assistance by German courts in aid of international arbitration. American review of international arbitration* (New York) 19:1:145-186, 2008.

The work of International Bureau = Le travail du Bureau international. *Permanent Court of Arbitration annual report = Rapport annuel de la Cour permanente d'arbitrage* (La Haye) 2-36, 2008.

En anglais et en français.

Xiao, Yongping *et* Weidi Long. *Enforcement of international arbitration agreements in Chinese courts. Arbitration internationale* (Londres) 25:4:569-589, 2009.

Ziade, R. *Comparaison entre les trois principaux règlements d'arbitrage: CIRDI, CNUDCI et CCI. Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration* (Beyrouth) 47:6-11, 2008.

IV. Transport international

Andrewartha, J. *English maritime law update: 2008. Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 40:395-428, juillet 2009.

Antapassis, A. *et* F. Berlingieri. *Mise en œuvre et interprétation des conventions internationales. Droit maritime français* (Paris) 61:702:309-334, 2008.

Voir en particulier à l'Annexe 2, p. 317-321, analyse des dispositions des Règles de Rotterdam.

Asariotis, R. *The Rotterdam Rules: a brief overview of some of their key features. European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 3:111-125, 2009.

Baatz, Y. *et al.* *The Rotterdam Rules: a practical annotation.* Londres, Informa, 2009. xxxiv, 348 p.

Ce document comprend les parties suivantes: chap. 1. General provisions/C. Debattista – chap. 2. Scope of application/H. Staniland – chap. 3. Electronic transport records/C. Debattista – chap. 4. Obligations of the carrier/M. Tsimplis – chap. 5. Liability of the carrier for loss, damage or delay/M. Tsimplis – chap. 6. Additional provisions relating to particular stages of carriage/F. Lorenzon – chap. 7. Obligations of the shipper to the carrier/F. Lorenzon – chap. 8. Transport documents and electronic transport records/F. Lorenzon – chap. 9. Delivery of goods/C. Debattista – chap. 10. Rights of the controlling party/C. Debattista – chap. 11. Transfer of rights/C. Debattista – chap. 12. Limits of liability/M. Tsimplis – chap. 13. Time for suit/Y. Baatz – chap. 14. Jurisdiction/Y. Baatz – chap. 15. Arbitration/Y. Baatz – chap. 16. Validity of contractual terms/F. Lorenzon – chap. 17. Matters not governed by this Convention/H. Staniland – chap. 18. Final clauses/A. Serdy.

Beare, S. N., *Président.* *UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: conference*

documents. *In* [CMI] Yearbook = Annuaire 2009 du Comité maritime international. Anvers, Belgique, Comité Maritime International, 2009. Point 2. p. 252-315.

Ce chapitre des documents contient les articles suivants: Pt. 1. A brief history of the involvement of the CMI – Pt. 2. Scope of application, freedom of contract/H. Honka – Overview of the Convention: the UNCITRAL perspective/K. Lannan UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea/J. Ramberg – Shipowner's view on the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: summary and speech/K. Pontoppidan – Speech delivered by the President of the Union of Greek Shipowners/N. D. Efthymiou, The new elements: the facilitation of electronic commerce/J. Gauthier – Multimodal aspects of the Rotterdam Rules/G. van der Ziel – Report of the discussions and resolution.

Également disponible en ligne à l'adresse:

http://www.comitemaritime.org/year/2009/pdf/files/YBK_2009.pdf.

Berlingieri, F. A comparative analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules.

Document présenté à l'Assemblée générale de l'AMD, Marrakech, 5-6 novembre 2009.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative_analysis.pdf.

_____ *et* S. Zunarelli. Analisi comparata delle Regole dell'Aja-Visby e delle Regole di Rotterdam. Genoa Conference "Dalle Regole dell'Aja-Visby alle Regole di Rotterdam – Effetti del cambiamento sul commercio marittimo", 19-20 octobre 2009.

Document de la conférence.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.aidim.org/pdf/Aja_Rotterdam.pdf.

En italien. Traduction du titre: Analyse comparative des Règles de La Haye-Visby et de celles de Rotterdam.

_____. Aspects multimodaux des Règles de Rotterdam. *Droit maritime français* (Paris) 60:708:867-883, novembre 2009.

_____. Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti per il trasporto internazionale di merci in tutto o in parte per mare. *Associazione Italiana di diritto marittimo* (site Internet).

Traduction en italien des Règles de Rotterdam.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.aidim.org/pdf/Italian_transl.pdf.

_____, S. Zunarelli *et* C. Alvisi. La nuova Convenzione UNCITRAL sul Trasporto Internazionale di Merci "Wholly or Partly by Sea" (Regole di Rotterdam). *Diritto marittimo* (Genova, Italie) 110:4:1161-1265, 2008.

En italien. Traduction du titre: La nouvelle Convention de la CNUDCI (Règles de Rotterdam).

Cette publication reproduit le texte des Règles de Rotterdam en anglais, p. 1232-1265.

_____ *et al.* The Rotterdam Rules, an attempt to clarify certain concerns that have emerged. *Comité Maritime International* (site Internet).

Disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf>.

_____. The Rotterdam Rules: the "maritime plus" approach to uniformity. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 2:49-59, 2009.

Besri, H. Règles de Rotterdam, un enjeu pour les assurances. *L'économiste* (Casablanca), février 2010.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.leconomiste.com/article.html?a=98401>.

Chan, Felix W. H. In search of a global theory of maritime electronic commerce: China's position on the Rotterdam Rules. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 40:185-202, avril 2009.

Delebecque, P. La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer: "a civil law perspective". *Droit maritime français* (Paris) 61:702:335-340, 2008.

Derrington, S. C. The UNCITRAL draft instrument on transport law: does Australia need it? *Australian business law review* (Sydney) 33:1:70, février 2005.

Diamond, A. The Rotterdam Rules. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London) 4:445-536, novembre 2009.

Edmonson, R. G. Big things from small rooms. *Journal of commerce* (New York) septembre 2008.

Glass, D. A. *et* R. Nair. Towards flexible carriage documents? Reducing the need for modally distinct documents in international goods transport. *Journal of international maritime law* (Witney, U.K.) 15:1:37-64, 2009.

Herber, R. Vorschläge der Sachverständigengruppe zur Reform des Seehandelsrechts: Einführung, Vorgeschichte und Grundzüge. *Transportrecht* (Cologne, Allemagne) 32:11/12:445-450, 2009.

En allemand. Traduction du titre: Propositions du groupe d'experts sur la réforme du droit du transport maritime: introduction, histoire et caractéristiques.

Hooper, C. D. Claims handling under the Rotterdam Rules. *In Steel: carriage by sea*. Sparks, A. *et* F. Coppers. Cinquième édition. Londres, Informa, 2009, p. 287-303.

_____. The Rotterdam Rules: an overview of the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. *Currents* (New York) 29:11-13, novembre 2009.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://www.american-club.com/files/pdf/currents_29.pdf.

- _____. The Rotterdam Rules: simpler than they appear. *Arbitrator* (New York) 40:3:5-8, avril 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.smany.org/sma/pdf/Vol40_No3_Apr2009.pdf.
- Illescas Ortiz, R. El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. *Derecho de los negocios* (Madrid) 20:221:1^{er}-4 février 2009.
- En espagnol. Traduction du titre: La nouvelle convention sur les contrats de transport maritime des marchandises.
- Jacques, L. The Rotterdam Rules: how are they different from the Hague Visby regime? *Mondaq*, 10 juin 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=81002>.
- Johansson, S. V. et E. Eftestøl-Wilhelmsson. Den nya europeiska transporträtten: fortfarande *lex specialis*? *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finlande* (Helsingfors) 6:801-825, 2009.
- En suédois. Titre tel qu'il figure dans le journal: Le nouveau droit européen des transports est-il toujours une *lex specialis*?
- Karan, H. The carrier's liability under international maritime conventions: the Hague, Hague-Visby, and Hamburg rules. Lewiston, N.Y., E. Mellen Press, 2004, lii, 512 p.
- Cette publication reproduit le texte des Règles de Hambourg, p. 431.
- Keep regulation global. In BIMCO reflections – 2009. Denmark, BIMCO, 2009. p. 4-5.
- Kim, In-Hyeon. A study on the carrier's liability regime in the UN UNCITRAL Working Group Meeting on the Transport Law. *Journal of the Korea Maritime Law Association* (Séoul) 27:2:357-404, novembre 2005.
- En coréen, avec résumé en anglais.
- _____. Issues on the UNCITRAL transport law project. *Journal of the Korea Maritime Law Association* (Séoul) 28:2:7-35, novembre 2006.
- En coréen, avec résumé en anglais.
- _____. Study on the delivery system under the Rotterdam Rules: focused on the comparative study [with respect] to Korean law. *Journal of the Korea Maritime Law Association* (Séoul) 31:2:7-56, novembre 2009.
- En coréen, avec résumé en anglais.
- Lannan, K. The Rotterdam Rules: a win-win proposition. *Maritime gateway* (Hyderabad, Inde), numéro annuel spécial, p. 12-14, décembre 2009.
- Disponible en ligne à l'adresse:
<http://emag.maritimegateway.com/Index.aspx?issue=issue12>.
- _____. The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: a general overview = Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises

effectué entièrement ou partiellement par mer: un aperçu général. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 14:1/2:290-323, 2009.

En anglais et en français, sur pages en vis-à-vis.

Cette publication reproduit les Règles de Rotterdam en anglais et en français, p. 324-413.

Martin, P. V. Rotterdam Rules. *ASBA News* (Englewood Cliffs, N.J.), octobre 2008.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.asba.org/uploads/files/nwsltr_Oct08.pdf.

Mercurio, B. *et al.* International carriage of goods by sea. In *International business law*. Melbourne, Australie, Oxford University Press, 2010, chap. 3. p. 51-93.

Miribel, S. Signature des Règles de Rotterdam. *Droit maritime français* (Paris) 60:708:901-906, novembre 2009.

Morán Bovio, D. Ocean carriers' duty of care to cargo in port: the Rotterdam Rules of 2009. *Fordham international law journal* (New York) 32:4:1162-1208, avril 2009.

Mukherjee, P. K. *et A.* Basu Bal. A legal and economic analysis of the volume contract concept under the Rotterdam Rules: selected issues in perspective. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 40:4:579-607, 2009.

Mutiganda, J. C. International rules applicable to contracts of international transport of goods: are shippers better off? In *2009 Uganda Proceedings Papers: 10th Annual International Conference on Repositioning African business and development for the 21st century, 19 au 23 mai 2009*. (Law, social responsibility and ethics, track 16.)

Neame, C. United Kingdom: the Rotterdam Rules: frequently asked questions. *Mondaq*, 19 octobre 2009.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=87805>.

New UNCITRAL carriage of goods convention. *GARD news* 192:6-8, novembre 2008-janvier 2009.

Nikaki, T. Shipping law: the statutory Himalaya-type protection under the Rotterdam Rules: capable of filling the gaps? *Journal of business law* (Londres) 4:403-421, 2009.

Page, P. Rotterdam Rules. *Journal of commerce* 10:27:4, 6 juillet 2009.

Disponible en ligne à l'adresse: <http://www.joc.com/node/412276>.

Parker, A. The Rotterdam Rules: a step backwards for Australian shippers? *Logistics Development Award articles*. 2007.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.laa.asn.au/pdf/ldaarticles/AP1.pdf>.

Peters, M. Jurisdiction and multimodal transportation: bringing uniformity of carriage of goods by sea to the shores of the United States. *Michigan State journal of international law* (East Lansing, Mich.) 17:3:761-788, 2009.

Røsæg, E. Conflicts of conventions in the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, U.K.) 15:3:238-248, 2009.

Rotterdam 23 septembre 2009. *Droit européen des transports* (Anvers, Belgique) 44:4:367-498, 2009.

Cette publication reproduit les textes des Règles de Rotterdam en anglais, espagnol et français.

[Documents du colloque de Rotterdam]. Colloque sur les Règles de Rotterdam 2009, tenu à Rotterdam, Pays-Bas, sous les auspices de la CNUDCI et du Comité maritime international, 21 septembre 2009.

Documents présentés: The balance of liabilities between the carrier and the shipper/Kofi Mbiah – Scope of application and freedom of contract/Hannu Honka – The obligations of the carrier/Diego Esteban Chami – Obligations et responsabilité du chargeur (dans les Règles de Rotterdam)/Ibrahima Jhalil Diallo – The new structure of the basis of liability for the carrier/Si Yuzhou et Henry Hai Li – Multimodal aspects of the Rotterdam Rules/F. Berlingieri – Performing parties and Himalaya protection/Tomotaka Fujita – Jurisdiction under the Rotterdam Rules/M. F. Sturley, The goods carried: who gets them and who controls them?/C. Debattista – A legal and economic analysis of the volume contract concept under the Rotterdam Rules: selected issues in perspective/Proshanto K. Mukherjee and Abhinayan Basu Bal.

Disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=text-speakers-rotterdam-rules-2009>.

Song, Ok-rial. Legal issues of Rotterdam Rules on carriage by sea. *Tongsang-bubryul = International trade law = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:65-93, 2009.

En coréen, avec un résumé en anglais, p. 93.

[Numéro spécial consacré aux Règles de Rotterdam (2008)]. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 44:3:269-455, printemps 2009.

Titres des articles de ce numéro consacré aux Règles de Rotterdam (2008): U.S. participation in private international law negotiations: why the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea is important to the United States/M. H. Carlson, p. 269-276 – Uniform law for international transport at UNCITRAL: new times, new players, and new rules/J. A. Estrella Faria, p. 277-319 – The UNCITRAL Convention on Carriage of Goods by Sea: harmonization or de-harmonization/J. Schelin, p. 321-327 – The liability of the contracting carrier/ A. von Ziegler, p. 329-348 The comprehensive coverage of the new Convention: performing parties and the multimodal implications/Tomotaka Fujita, p. 349-373 – Chapter 10 of the Rotterdam Rules: control of goods in transit/G. van der Ziel, p. 375-386 – Electronic commerce provisions in the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods

Wholly or Partly by Sea/M. Alba, p. 387-416 – Forum selection and arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or the definition of fora conveniens set forth in the Rotterdam Rules/C. D. Hooper, p. 417-426 – Modernizing and reforming U.S. Maritime Law: the impact of the Rotterdam Rules in the United States/M. F. Sturley, p. 427-455.

Les Règles de Rotterdam (2008) figurent à l'Annexe du texte.

[Numéro spécial consacré aux Règles de Rotterdam (2008)]. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 14:4:801-1023, 2009.

Titres des articles de ce numéro spécial consacré aux Règles de Rotterdam (2008): The use of electronic records as collateral in the Rotterdam Rules: future solutions for present needs/M. Alba, p. 801-829 – Freedom of contract under the Rotterdam Rules/F. Berlingieri, p. 831-845 – The Rotterdam Rules from an Argentinean perspective/D. E. Chami, p. 847-856 – Le chapitre 9 des Règles de Rotterdam: la livraison/P. Delebecque, p. 857-867 – The Rotterdam Rules from the perspective of a country that is a consumer of shipping services /C. Fresnedo de Aguirre, p. 869-884 – Obligations of the shipper to the carrier under the Rotterdam Rules (Chapter 7)/C. D. Hooper, p. 885-892 – What changes in international transport law after the Rotterdam Rules?/R. Illescas Ortiz, p. 893-900 – Behind the numbers: the limitation on carrier liability in the Rotterdam Rules/K. Lannan, p. 901-929 – The new structure of the basis of the carrier's liability under the Rotterdam Rules/Yuzhou, Si et Henry Hai Li, p. 931-943 – Jurisdiction and arbitration under the Rotterdam Rules/M. F. Sturley, p. 945-980 – Multimodal aspects of the Rotterdam Rules/G. van der Ziel, p. 981-995 – Delay and the Rotterdam Rules/A. von Ziegler, p. 997-1009 – The carrier and the maritime performing party in the Rotterdam Rules/S. Zunarelli, p. 1011-1023.

Numéro spécial: the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (the Rotterdam Rules). *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:6:459-655, 2008.

Titres des articles de ce numéro entièrement consacré aux Règles de Rotterdam (2008): A new Convention on the international carriage of goods by sea/D. Rhidian Thomas, p. 459-460 – Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules/M. F. Sturley, p. 461-483 – Multimodal transport and the new UN Convention on the carriage of goods/C. Hancock, 484-495 – An appraisal of the liability regime established under the new UN Convention/D. Rhidian Thomas, p. 496-512 – The fundamental duties of the carrier under the Rotterdam Rules/Theodora Nikaki, p. 512-523 – Exclusions and limitation of liability/S. Girvin, p. 524-536 – Burden of proof and allocation of liability for loss due to a combination of causes under the new Rotterdam Rules/R. Asariotis, p. 537-554 – Obligations of the shipper to the carrier/S. Baughen, p. 555-565 – Transport documentation under the new Convention/R. Williams, p. 566-585 – Electronic alternatives to transport documents and the new Convention: a framework for future development?/M. Goldby, p. 586-596 – Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights/G. J. van der Ziel, p. 597-608 – Jurisdiction and

arbitration under the Rotterdam Rules/Y. Baatz, p. 608-624 – Some general criticisms of the Rotterdam Rules/W. Tetley, p. 625-628.

Le texte des Règles de Rotterdam Rules figure aux pages 629-655.

Stettler, A. Les grands axes du projet d'instrument sur le droit des transports de la CNUDCI (2002-2008). *In* La responsabilité du transporteur pour perte, avarie et/ou livraison tardive de la marchandise: étude de droit suisse avec aperçu de droit romain. Genève, Schulthess, 2008. p. 279-288.

Thèse (Doctorat.) Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne.

Sturley, M. F. Liability for delay under UNCITRAL's proposed Transport Law Convention. *Benedict's maritime bulletin* (Newark, N.J.) 4:2:108-[116], 2006.

_____. Maritime cases about train wrecks: applying maritime law to the inland damage of ocean cargo. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Md.) 40:1:1-42, 2009.

_____. Scope of application, duration of coverage, and exceptions to coverage in international regimes relevant to international transport law. *In* [CMI] Yearbook = Annuaire 1999. Anvers, Belgique, Comité Maritime International, 1999. Pt. 2, p. 122-131.

_____. Scope of coverage and the treatment of performing parties under the current UNCITRAL draft instrument. *Benedict's maritime bulletin* (Newark, N.J.) 2:1:19-[27], 2004.

_____. Selected issues in the work of the UNCITRAL transport law project. *Journal of the Korea Maritime Law Association* (Séoul) 28:2:37-64, novembre 2006.

_____. Setting the limitation amounts for the UNCITRAL Transport Law Convention: the fall 2007 session of Working Group III. *Benedict's maritime bulletin* (Newark, N.J.) 5:3:147-[164], 2007.

_____. Steady progress in New York: the spring 2005 session of UNCITRAL's Transport Law Working Group. *Benedict's maritime bulletin* (Newark, N.J.) 3:2:197-[213], 2005.

Su, Tong-jiang *et* Peng Wang. Carrier's liability under international maritime conventions and the UNCITRAL draft convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea. *Transport* (Vilnius) 24:4:345-351, 2009.

Thomas, D. Rhidian, *dir. publ.* A new convention for the carriage of goods by sea: the Rotterdam Rules: an analysis of the UN Convention on Contracts for the Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Witney, U.K., Lawtext Pub., 2009. xxxiv, 396 p.

Titres: chap. 1. Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules/M. F. Sturley – chap. 2. Multimodal transport under the Convention/C. Hancock – chap. 3. An analysis of the liability regime of carriers and maritime performing parties/D. R. Thomas – chap. 4. The obligations of carriers to provide seaworthy ships and exercise care/T. Nikaki – chap. 5. The

right of the carrier to exclude and limit liability/S. Girvin – chap. 6. Loss due to a combinations of causes: burden of proof and commercial risk allocation/R. Asariotis – chap. 7. Obligations owed by the shipper to the carrier/S. Baughen – chap. 8. Transport documentation: the new approach/R. Williams – chap. 9. Electronic alternatives to transport documents: a framework for future development?/M. Goldby – chap. 10. Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights/G. J. van der Ziel – chap. 11. Jurisdiction and arbitration/Y. Baatz – chap. 12. A critique of and the Canadian response to the Rotterdam Rules/W. Tetley Annexes.

Ulfbeck, V. Multimodal transports in the United States and Europe: global or regional liability rules? *Tulane maritime law journal* (New Orleans, La.) 34:1:37-90, hiver 2009.

UNCITRAL draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. In [CMI] Yearbook = Annuaire 2009. Anvers, Belgique, Comité Maritime International, 2007-2008. Pt. 2, p. 254-306.

Titres: The UNCITRAL Carriage of Goods Convention: changes to existing law/M. F. Sturley, p. 254-263 – The new convention on International Contract of Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: a civil law perspective/P. Delebecque, p. 264-276 – Introduction/Tomotaka Fujita, p. 277-278 – Carrier's obligations and liabilities/F. Berlingieri, p. 279-286 – The Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: the liability and limitation of liability regime/Kofi Mbiah, p. 287-299 – Background papers on shipper's obligations and liabilities/H. Olebakken, p. 300-306 – Annex 2: Analysis of the provisions of the draft international Convention on Contracts for the Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea that refer to domestic rules, p. 315-320.

Également disponible en ligne à l'adresse:

http://www.comitemaritime.org/year/2007_8/pdf/files/YBK_07_08/contents/index_2_3.pdf.

United Nations Conference on Trade and Development. Legal issues and regulatory developments. In *Review of maritime transport 2009: report by the UNCTAD secretariat*. Geneva, United Nations, 2009, chap. 6, p. 123-158.

Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.09.II.D.11.

Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam"): Colloque de la Deutsche Gesellschaft für Transportrecht tenu à Hambourg le 25 juin 2009. *Transportrecht* (Hambourg, Allemagne) 32:9:345-388, septembre 2009.

Titres: Ouverture du Colloque/R. Herber, p. 345-346 – Main concepts of the new Convention: its aims, structure and essentials/A. von Ziegler, p. 346-357 – Evaluation of the new Convention from the perspective of carriers/U. L. Rasmussen, p. 357-361 – Evaluation of the new Convention from the perspective of cargo interests/P. Bonnevie, p. 361-366 – Evaluation of the new Convention from the perspective of insurers, p. 366-369 – Evaluation of the new Convention from the perspective of freight forwarders, J. Ramberg,

p. 370-371 – Panel discussion and its results/short report by A. Tschiltshke,
p. 371 – Texte des Règles de Rotterdam en anglais, p. 372-388.

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

Ali Ghouri, A. Guaranteeing the guarantee law in Pakistan: the UNCITRAL Convention and the guarantee laws of Pakistan, the UK and the USA. *Commonwealth law bulletin* (London) 35:4:659-674, 2009.

Ellinger, P. et D. Neo. UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (1995). In *The law and practice of documentary letters of credit*. Oxford; Portland, Or., Hart Publishing, 2010, chap. 13, vi, D, p. 349-351.

Felsenfeld, C. Communications among banks. In *International banking regulation. Deuxième édition*. Huntington, N.Y., Juris Pub., 2007, chap. 6. p. 203-287.

Discussion sur l'histoire et la nature de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992); reproduit le texte et sa note explicative, p. 214-244.

Gómez-Blanes, P. El principio de accesoriedad de la fianza. Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2008. 298 p.

VI. Commerce électronique

Белая, О. Форма международной коммерческой сделки, заключённой с помощью электронных средств связи. *Журнал международного права и международных отношений* (Минск) 1:2008.

En russe. Traduction du titre: Forme des opérations commerciales internationales conclues par des moyens électroniques.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1376&Itemid=215.

Blythe, S. E. Finland's Electronic Signature Act and E-Government Act: facilitating security in e-commerce and online public services. *Hamline law review* (St. Paul, Minn.) 31:2:443-[470], printemps 2008.

Boss, A. H. The evolution of commercial law norms: lessons to be learned from electronic commerce. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 34:3:673-708, 2009.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/BJI_PDF/bji_vol34iii.ashx.

Caprioli, E. A. Droit du commerce électronique international: les textes fondateurs de la CNUDCI. Colloque francophone régional "Les enjeux juridiques du développement des technologies de l'information et de la communication: état des lieux et perspectives", Hanoi, Viet Nam, 18 et 19 novembre 2009.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.maisondudroit.org/download/Actes/F06%20-%20Intervention%20de%20M.%20Caprioli.pdf>.

Castellani, L. G. Policy considerations on the electronic communications convention. *Sungkyunkwan journal of science & technology law* (Séoul) 3:2:187-195, automne 2009.

Chopra, S. et L. White. Artificial agents and the contracting problem: a solution via an agency analysis. *Journal of law, technology & policy* (Champaign, Ill.) 2:363-403, 2009.

Chun, Wan-Yong. The law of electronic commerce. Séoul, Bubyoungsa, 2009, 503 p.

En coréen.

Davidson, A. The law of electronic commerce. Port Melbourne, Cambridge university press, 2009. xxxvii, 399 p.

Decocq, G. Cyber consumer protection and unfair competition. In General reports of the XVIIth congress of the International Academy of Comparative Law = Rapports généraux du XVII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé. Boele-Woelki, K. et S. van Erp, dir. publ. Bruxelles, Bruylant; Utrecht, Pays-Bas, Eleven International Publishing, 2007, p. 535-545.

Dolzich, A. Digital evidence and e-signature in the Russian Federation: a change in trend? *Digital evidence journal* (Bedfordshire, Royaume-Uni) 6:181-183, 2009.

Eiselen, S. The purpose, scope and underlying principles of the UNECIC. In Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer. Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, dir. publ. Londres, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008, p. 106-133.

_____. The UNECIC: international trade in the digital era. *Potchefstroom electronic law journal* 2:1-49, 2007.

Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issuepages/2007volume10no2/2007x2x_Eiselen_art.pdf.

Elsan, M. et M. Subaty. Contract formation using automated message system: survey of Islamic contract law. *Arab law quarterly* (Leiden, Pays-Bas) 23:2:167-180, 2009.

Estrella Faria, J. A. Legal aspects of electronic commerce: rules of evidence, contract formation and online performance. *Collected courses of the Xiamen Academy of International Law* (Leiden, Pays-Bas) 2:129-339, 2009.

Fitzgerald, A. et A. Moens. Regulating electronic commerce: emerging principles for the regulation of internet transactions. In Convergence of legal systems in the 21st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australie, 14-20 juillet 2002). Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1566-1580.

Également disponible en ligne à l'adresse:
http://eprints.qut.edu.au/10659/1/eprint_BK_10659.pdf.

Gabriel, H. D. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and compatibility with the American domestic law of electronic commerce. *Loyola law and technology annual* (New Orleans, La.) 7:1, 2006-2007.

Gregory, J. D. Implementing the Electronic Communications Convention. *Business law today* (Chicago, Ill.) 18:3:43-[47], janvier/février 2009.

He, Qi-sheng. Comments on Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: in comparison with UN CISG and UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. *Journal of Jinan University* (Guangzhou, République populaire de Chine) 29:1:57-64, 2007.

En chinois. Titre tel qu'il figure dans l'article:
《国际合同使用电子通信公约》评析-兼与
《联合国国际货物销售合同公约》和《电子商务示范法》比较。

Conférence internationale relative à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques (2005) et ses implications nationales, [tenue le 10 novembre 2009]. Séoul, Ministère de la justice, République de Corée, 2009. 120 p.

Titres des articles: Hard law and soft law in international commercial law reform/J. K. Winn, p. 9-20 – Policy considerations on the Electronic Communications Convention/L. Castellani, p. 21-32 – Reference to the use of electronic communications in UNCITRAL's recent texts/J. S. Lee, p. 33-74 – Impacts of UNCITRAL model laws on Vietnam's e-commerce legal framework/Viet Anh Lai, p. 75-100 – Harmonization of e-commerce legal framework at the reception of UNCITRAL Electronic Communications Convention in Korea/Kyoungjin Choi, p. 101-120.

Kunz, C. L. The definitional hub of e-commerce: "record". *Idaho law review* (Moscou, Idaho) 45:2:399-434, 2009.

Lee, Jae Sung. Reference to the use of electronic communications in UNCITRAL's recent texts. *Sungkyunkwan journal of science & technology law* (Séoul) 3:2:197-237, automne 2009.

Liu, Ying et Qi-sheng He. Inspiration from Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts to the legislation of electronic commerce of China. *Journal of Jinan University* (Guangzhou, République populaire de Chine) 31:4:67-79, 2009.

En chinois, avec résumé en anglais, p. 154-155.

Titre tel qu'il figure dans l'article:
《国际合同使用电子通信公约》对我国电子商务立法的启示。

Madrid Parra, Agustín. Contratación electrónica y protección de datos personales. *Revista de contratación electrónica* (Madrid) 94:3-84, juin 2008.

- _____. Instrumentos de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico (contratación, firma y comunicaciones comerciales). In Comercio, administración y registros electrónicos. Moreno, Orduña et Francisco Javier, dir. publ. Navarra, Espagne, Civitas, 2009, chap. 5, p. 213-313.
- Mavioglu, O. Y. Turkey: development of e-commerce legislation and taxation of revenues from online content in Turkey. *Mondaq*, 16 juin 2009.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=81374>.
- Mazzotta, F. G. The written form requirement of an arbitration agreement in light of new means of communication. In Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer. Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, dir. publ. Londres, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008, p. 326-346.
- Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina. New York; Genève, Nations Unies, 2009.
- Publication des Nations Unies UNCTAD/DTL/STICT/2009/1.
- En espagnol. Traduction du titre: Étude sur les perspectives d'harmonisation du droit de l'Internet en Amérique latine.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.unctad.org/sp/docs//webdtkctcd20091_sp.pdf.
- Railas, L. The rise of the lex electronica and the international sale of goods: facilitating electronic transactions involving documentary credit operations. Helsinki, 2004, 587 p.
- Thèse (Doctorat) – Université d'Helsinki, Faculté de droit, 2004.
- Rawls, A. Contract formation in an internet age. *Columbia science and technology law review* (New York) 10:200-231, 2009.
- Smith, S. E. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts (CUECIC): why it should be adopted and how it will affect international e-contracting. *SMU science & technology review* (Dallas, Tex.) 11:2:133, hiver 2007.
- Srivastava, A. Legal understanding and issues with electronic signatures: an empirical study of large businesses. *Rutgers computer and technology law journal* (Newark, N.J.) 35:1:42-76, 2008.
- Wang, Faye Fangfei. E-confidence: offer and acceptance in online contracting. *International review of law, computers and technology* (Abington, Mass.) 22:3:271, novembre 2008.
- Wang, Sanghan. Rethinking achievements for the electronic commerce by UNCITRAL and prospect on future subjects. *Tongsang-bubryul = International trade law = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:94-125, 2009.
- En coréen. Avec résumé en anglais, p. 125.

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances)

Akseli, N. O. Contractual prohibitions on assignment of receivables: an English and UN perspective. *Journal of business law* (Londres) 7:650-678, 2009.

_____. On the methods of international harmonization of secured transactions law. In *Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer*. Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, dir. publ. Londres, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008, p. 1-12.

Bazinas, S. V. The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: key objectives and fundamental policies. *Uniform commercial code law journal* (New York) 42:2:123-155, 2010.

Brière, C. Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources. *Journal du droit international* (Paris) 3:791-807, 2009.

Hankovich, Y. The legal position of an assignee in an assignor's insolvency. *Eurofenix* (Clifton, U.K.) 38:28-29, hiver 2009/10.

Joubert, N., A. Martin et L. Ravillon. Sources informelles du droit des affaires internationales = Informal sources of international business law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 3:383-408, 2009.

En anglais et en français.

Karmel, R. S. et C. R. Kelly. The hardening of soft law in securities regulation. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 34:3:883-951, 2009.

Klein, J. T. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: an introduction and overview. *American Bankruptcy Institute journal* (Alexandria, Va.) 28:6:28-29, juillet/août 2009.

Lee, Jung Sun. The comparison of secured transactions between Korea and the U.S.: the floating charge in secured transactions. *Korea University law review* (Séoul) 6:105-124, automne 2009.

Macdonald, R. A. Three metaphors of norm migration in international context. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 34:3:603-653, 2009.

Disponible en ligne à l'adresse:

http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/BJI_PDF/bji_vol34iii.ashx.

McCormack, G. The CFR and credit securities: a suitable case for treatment? In *European private law beyond the common frame of reference: essays in honour of Reinhard Zimmermann*. A. Vaquer, dir. publ. Groningen, Europa Law Pub., 2008. chap. 9. p. 99-129.

Suk, Kwang Hyun. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the security right regime on movables and receivables under Korean law. *Tongsang-bubryul = International trade law = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:173-217, 2009.

En coréen. Avec résumé en anglais, p. 216-217.

- Tosato, A. The UNCITRAL Annex on security rights in IP: a work in progress. *Journal of intellectual property law and practice* (Oxford, U.K.) 4:10:743-750, 2009.
- Umarji, M. R. Financial sector legislative reforms: the CFSA agenda. *Inden banker* (Mumbai) 4:11:14-23, novembre 2009.
- Veneziano, A. Uniform law on secured transactions and insolvency: the approach of the Cape Town Convention and of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. In *Sharing international commercial law across national boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer*. Andersen, C. B. et U. G. Schroeter, dir. publ. Londres, Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2008, p. 527-551.

VIII. Passation des marchés

- Anderson, R. D. et W. E. Kovacic. Competition policy and international trade liberalization: essential complements to ensure good performance in public procurement markets. *Public procurement law review* (Londres) 18:2:67-101, 2009.
- Arrowsmith, S., dir. publ. Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: procurement regulation for the 21st century. Édition 2009 [s.l.], Thomson Reuters/West, 2009. xxx, 503 p.
- Ce document contient les parties suivantes: Pt. 1. The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction, and Services – Pt. 2. Regulation of framework agreements/task order contracts – Pt. 3. The regulation of electronic communications under the UNCITRAL Model Law on Procurement – Pt. 4. Regulation of electronic reverse auctions in public procurement law.
- Bolton, P. Grounds for dispensing with public tender procedures in Government contracting. *Potchefstroom electronic law journal* 9:2:1-39, 2006.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issuepages/2006Volume9no2/2006x2x_Bolton_art.pdf.
- Hernández García, R., dir. publ. cons. International public procurement: a guide to best practice. Londres, Globe Law and Business, 2009, 453 p.
- Nicholas, C. Reforms to the UNCITRAL Model Procurement Law on Procurement of Goods, Construction and Services. In *Seminario internacional de insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública*, 27 al 29 de marzo de 2006, Bogotá, D.C. = Séminaire international sur l'insolvabilité, l'insolvabilité internationale et les passations de marchés, 27 et 29 mars 2006, Bogotá. Bogotá, D.C., Chambre de commerce de Bogotá, 2006, p. 157-169.
- _____. Remedies for breaches of procurement rules and the UNCITRAL Model Law on Procurement. *Public procurement law review* (Londres) 18:4:NA151 – NA159, 2009.

Son, Seong Woo. The recent work on the revision of UNCITRAL Model Law on Public Procurement. *Tongsang-bubryul = International trade law = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:14-39, 2009.

En coréen. Avec résumé en anglais, p. 38-39.

Sorieul, R. Prevention of corruption in procurement and government contracting. In International Conference on anti-corruption in Asia (“Corruption free Asia – a long term vision”), Doha, Qatar, 9-11 juin 2008: conference documents, p. 157-167.

Zhang, Xinglin. Forum for review by suppliers in public procurement: an analysis and assessment of the models in international instruments. *Public procurement law review* (Londres) 18:5:201-226, 2009.

IX. Insolvabilité

Adams, E. S. et J. Fincke. Coordinating cross-border bankruptcy: how territorialism saves universalism. *Columbia journal of European law* (New York) 15:1:43-[88], hiver 2008/09.

Block-Lieb, S. et T. C. Halliday. Legitimation and global lawmaking. Fordham University School of Law, Fordham law legal studies research paper, 2006.

Disponible en ligne à l’adresse: <http://ssrn.com/abstract=952492>.

Block-Lieb, S., J. Alexander et E. Kovalenko. Representing the interests of unsecured creditors: a comparative look at UNCITRAL’s Legislative Guide on Insolvency Law (4 février 2009). In International insolvency law: reforms and challenges. P. J. Omar, *dir. publ.* 2009. (Fordham law legal studies research paper no. 1337824).

Disponible en ligne à l’adresse: <http://ssrn.com/abstract=1337824>.

Bu, Qingxiu. China’s enterprise bankruptcy law (EBL 600): cross-border perspectives. *International insolvency review* (Chichester, U.K.) 18:3:187-207, hiver 2009.

Clark, L. M. “Center of main interests” finally becomes the center of main interest in the case law. *Texas international law journal forum* (Austin, Tex.) 43:14-18, 2008.

Également disponible en ligne à l’adresse:
http://www.tilj.org/forum/entry/43_14_clark/.

Clift, J., *dir. publ.* Eighth Joint UNCITRAL/INSOL/World Bank Multinational Judicial Colloquium 20-21 juin 2009. *Insol world* (Londres), quatrième trimestre 2009, p. 10-11.

_____. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation. *Insol world* (Londres), quatrième trimestre 2009, p. 15.

Farid, N. The fate of intellectual property assets in cross-border insolvency proceedings. *Gonzaga law review* (Spokane, Wash.) 44:1:39-80, 2009.

- Fletcher, I. F. *The law of insolvency*. Londres, Sweet & Maxwell, 2009. cxxxiii, 1103 p.
- Gollin, S. UNCITRAL Model Law. *In* Heath and Whale on insolvency. [Wellington], Lexis Nexis NZ, 2009, chap. 53, p. 810,001-810,310.
- Feuille volante.
- Griffiths, M. *et* P. Raichand. English courts are not obliged to enforce foreign judgments under UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: *Rubin and Lan v Eurofinance SA et al.* [2009] EWHC 2129 (Ch). *International corporate rescue* (Hertfordshire, U.K.) 7:1:60-63, 2010.
- Grundy, S. Canada adopts modified version of UNCITRAL Model Law. *Insol world* (Londres), quatrième trimestre 2009, p. 30.
- Halliday, T. C. Legitimacy, technology, and leverage: the building blocks of insolvency architecture in the decade past and the decade ahead. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, N.Y.) 32:3:1081-1102, 2006.
- Également disponible en ligne à l'adresse:
http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/BJI_PDF/bji_vol32iii.ashx.
- Harrison, L. P. Commentary: Madoff and the search for comity abroad. *Insol world* (Londres), quatrième trimestre 2009, p. 18-19.
- Ho, Look Chan, *dir. publ.* Cross-border insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law. *Deuxième édition*. Londres, Globe Law and Business, 2009, 425 p.
- Cette publication reproduit la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation (1997).
- _____. Recognizing an Australian solvent liquidation under the UNCITRAL Model Law: *In re Betcorp.* *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 24:8:418-422, 2009.
- Hollander, E. C. *et* R. A. Graham. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *In* European insolvency regulation. K. Pannen, *dir. publ.* Berlin, De Gruyter Recht, 2007. Pt. 4, p. 687-818.
- Le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale figure à l'Annexe 2 (1997), p. 844-860.
- Hummelen, J. *et* S. van Leeuwen. Effective handling of cross-border insolvency: is there an effective approach already? *International corporate rescue* (Hertfordshire, U.K.) 6:4:223-229, 2009.
- Kipnis, A. M. Beyond UNCITRAL: alternatives to universality in transnational insolvency. *Denver journal of international law and policy* (Denver, Colo.) 36:2:155-190, 2008.
- Markovic, B. UNCITRAL in Australia. *Insol world* (Londres), deuxième trimestre 2009, p. 36-37.

- McKnight, A. Adoption in Great Britain of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *In The law of international finance*. Oxford; New York, Oxford University Press, 2008, p. 290-295.
- Mevorach, I. Insolvency within multinational enterprise groups. New York, Oxford University Press, 2009. xxviii, 360 p.
- Nauta, M.-L. et F. Bulten. Introduction to Spanish cross-border insolvency law: an adequate connection with existing international insolvency legislation. *International insolvency review* (Chichester, U.K.) 18:1:59-76, 2009.
- Nicols, P. et W. Alison. Cross border insolvency: the future for Australia – Australia adopts the UNCITRAL Model Law. *Butterworths journal of international banking and financial law* (Londres) 23:2:189-191, 2008.
- Oh, Soo Geun et Heejong Song. Coordination of cross-border insolvency proceedings. *Tongsang-bubryul = International trade law = Droit commercial international* (Séoul) 88:8:126-172, 2009.
- En coréen. Avec résumé en anglais, p. 171-172.
- Omar, P. J. Cross-border assistance in the common law and international insolvency texts: an update. *International company and commercial law review* (London) 20:11:379-386, 2009.
- _____. Cross-border jurisdiction and assistance in insolvency: the position in Malaysia and Singapore. *Potchefstroom electronic law journal* 11:1:158-211, 2008.
- Ressource électronique, disponible en ligne à l'adresse:
http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issuepages/2008volume11no1/2008x1x_Omar_art.pdf.
- Rajak, H. Corporate groups and cross-border insolvency. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 44:4:521-546, été 2009.
- Sarra, J. Oversight and financing of cross-border business enterprise group insolvency proceedings. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 44:4:547-576, été 2009.
- Seminario internacional de insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública, 27 al 29 de marzo de 2006, Bogotá, D.C. = Séminaire international sur l'insolvabilité, l'insolvabilité internationale et les passations de marchés, 27 au 29 mars 2006, Bogotá. Bogotá, D.C., Chambre de commerce de Bogotá, 2006, 169 p.
- Documents présentés au séminaire sur le travail de la CNUDCI en matière d'insolvabilité internationale: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency/J. Clift, p. 9-22 – Reforma al régimen concursal colombiano/R. D. Lacouture, p. 23-36 – Practical issues under Chapter 11 cases concerning foreign debtors/R. E. Barad, p. 37-50 – New Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code – ancillary and other cross-border cases/R. E. Barad, p. 51-60 – UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law/J. Clift, p. 61-88 – Iniciativas internacionales sobre insolvencia/A. Rouillon, p. 89-100 – Corporate Groups and insolvency/N. Cooper, p. 101-105 – El rol del sistema financiero en los procesos de insolvencia/L. H. Ustáriz González, p. 107-118

– Instalación de la jornada del seminario internacional de CNUDMI sobre insolvencia, insolvencia transfronteriza y contratación pública/X. Peñafort Garcés, p. 119-126 – La Ley Modelo de UNCITRAL sobre contratación pública de bienes, obras y servicios frente a la Ley 80 de 1993/G. Suárez Beltrán, p. 127-156.

Shandro, S. A plea for the amendment of Chapter 15. *American Bankruptcy Institute journal* (Alexandria, Va.) 28:2:48-49, mars 2009.

Wee, Meng Seng. A lost opportunity towards modified universalism. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 1:18-27, février 2009.

Wessels, B., B. A. Markell et J. J. Kilborn. Modeling cross-border insolvency: the role of UNCITRAL. In *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. New York, Oxford University Press, 2009, chap. 7, p. 197-250.

Wofford, T. The other establishment clause: the misunderstood minimum threshold for recognition. *Texas international law journal* (Austin, Tex.) 44:4:665-689, été 2009.

Zhang, Ling. Trente années de législation US sur l'insolvabilité internationale. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 9:37-54, 2008-2009.

En chinois, avec résumé en anglais.

Titre tel qu'il figure dans l'article:

美国跨界破产立法三十年及其对中国的启示.

X. Contrats internationaux de construction

[Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.]

XI. Échanges internationaux compensés

[Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.]

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

[Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.]

Annexe

Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI

<i>Titre abrégé</i>	<i>Titre complet</i>
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 modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne) ^c
Convention de New York (1958)	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York) ^{d, e}
Règles de Rotterdam (2008)	Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (New York) ^f
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996) ^g
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) ^h
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (telle qu'amendée en 2006)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), avec les amendements adoptés en 2006 ⁱ
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) ^j
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980) ^k
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) ^l
Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004)	Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (CNUDCI) (2004) ^m
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) ⁿ
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) ^o
Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) ^p
Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) ^q
Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)	Guide législatif sur les opérations garanties (CNUDCI) (2007) ^r
Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005)	Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) ^s

<i>Titre abrégé</i>	<i>Titre complet</i>
Convention des Nations Unies sur les garanties et le crédit stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995) ^f
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) ^u

^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).

^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.

^d La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (New York) a été adoptée avant la création de la Commission et la Commission est chargée des activités de promotion de la Convention et des activités connexes.

^e Publication des Nations Unies, numéro de vente: M.08.V.5.

^f Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

^g *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17), Part II.*

^h Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

ⁱ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

^j Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

^k Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.

^l Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

^m Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

ⁿ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

^o Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

^p Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

^q Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

^r *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17), Part II.*

^s Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.

^t Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

^u Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

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

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa quarante-troisième session		
<i>1. Documents à distribution générale</i>		
A/CN.9/683 et Corr.1	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-troisième session	Non reproduit
A/CN.9/684	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante et unième session (Vienne, 14-18 septembre 2009)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/685	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 2-6 novembre 2009)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/686	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 9-13 novembre 2009)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/687	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/688	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (New York, 1 ^{er} -5 février 2010)	Deuxième partie, chap. I, C
A/CN.9/689	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 8-12 février 2010)	Deuxième partie, chap. II, D
A/CN.9/690	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-huitième session (New York, 12-16 avril 2010)	Deuxième partie, chap. IV, C
A/CN.9/691	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 19-23 avril 2010)	Deuxième partie, chap. III, C
A/CN.9/692	Note du Secrétariat sur les travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/693	Note du Secrétariat concernant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, chap. II
A/CN.9/694	Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. VIII

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/695 et Add.1	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques, notamment dans le domaine du droit des transports	Deuxième partie, chap. VII
A/CN.9/696	Note du Secrétariat sur la promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/697 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI; commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales intéressées	Non reproduit
A/CN.9/698	Note du Secrétariat sur la microfinance et le développement économique international	Non reproduit
A/CN.9/699 et Add.1 à 4	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: projet de troisième partie; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	Non reproduit
A/CN.9/700 et Add.1 à 7	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	Non reproduit
A/CN.9/701	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	Non reproduit
A/CN.9/702 et Add.1	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés	Deuxième partie, chap. V, B
A/CN.9/703 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/704 et Add.1 à 10	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	Non reproduit
A/CN.9/705	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/706	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles concernant le règlement en ligne des différends dans les opérations de commerce électronique internationales	Deuxième partie, chap. V, C

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/707 et Add.1	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.9/708	Note du Secrétariat: modifications apportées aux documents A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1; Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: troisième partie: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	Non reproduit
A/CN.9/709	Note du Secrétariat sur le droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles; nouvelle proposition de la délégation suisse en vue de la réalisation par le secrétariat de la CNUDCI d'une étude sur la faisabilité et le champ d'application éventuel d'un instrument relatif au règlement international des crises touchant de grandes institutions financières complexes	Deuxième partie, chap. V, D
A/CN.9/710	Note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne; travaux futurs possibles sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique	Deuxième partie, chap. V, E
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/XLIII/CRP.1 et Add.1 à 22	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.2 et Add.1 à 3	Version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.4	Projet de décision portant adoption du Règlement d'arbitrage révisé de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.5	Projet de décision portant adoption du Supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.6	Projet de décision portant adoption de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.7	Proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, de la Commercial Finance Association et de l'American Bar Association	Non reproduit
A/CN.9/XLIII/CRP.8	Proposition du Canada sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle	Non reproduit

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/XLIII/CRP.9	Table ronde au titre du point 18 de l'ordre du jour intitulé "Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international"	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XLIII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante et unième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.153	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante et unième session	Deuxième partie, chap. I, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/LI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante et unième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/LI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-deuxième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.156	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.157 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-deuxième session	Deuxième partie, chap. I, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/LII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-deuxième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/LII/CRP.2	Règlement des litiges commerciaux – Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – Proposition du Gouvernement de l'État plurinational de Bolivie	Non reproduit

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/WG.II/LII/CRP.3 et Add.1	Règlement des litiges commerciaux. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Proposition concernant le projet d'article 41 (Honoraires des arbitres) du projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.II/LII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.VI/WP.38	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. II, B
A/CN.9/WG.VI/WP.40	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, proposition du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. II, C
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.VI/XVI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa seizième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XVI/CRP.2	Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XVI/CRP.3	Projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.VI/XVI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.VI/WP.41	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7	Note du Secrétariat concernant le projet de supplément au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. II, E
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.VI/XVII/CRP.1 et Add.1 à 3	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XVII/CRP.2	Proposition de l'Association internationale des marques (AIM) et de la Commercial Finance Association (CFA) concernant la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (recommandation 253)	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XVII/CRP.3	Proposition de l'Independent Film and Television Alliance (IFTA) concernant la priorité des droits des preneurs de licence non exclusive (recommandations 81, al. c), et 245)	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.VI/XVII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.V/WP.89	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-septième session	Deuxième partie, chap. III, B
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.2	Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3	Proposition de l'Union Internationale des Avocats (UIA) concernant les travaux futurs du Groupe de travail V	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.V/XXXVII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.V/WP.91	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session	Deuxième partie, chap. III, D
A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-huitième session	Deuxième partie, chap. III, E
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.V/XXXVIII/CRP.1 et Add.1 à 3	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-huitième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVIII/CRP.2	Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: troisième partie: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité; proposition concernant le projet de recommandation 200	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVIII/CRP.3	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière grevant la propriété intellectuelle: traitement de la propriété intellectuelle dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/XXXVIII/CRP.4	Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité: troisième partie: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité; observations de la délégation française pour la trente-huitième session du groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.V/XXXVII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.I/WP.70	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, B

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>	<i>Emplacement dans le présent volume</i>
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.I/XVII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/XVII/CRP.2	Table de correspondance entre le projet de loi type révisée et la Loi type de 1994	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.I/XVII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session		
1. Documents de travail		
A/CN.9/WG.I/WP.72	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 et 8	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, D
2. Documents à distribution restreinte		
A/CN.9/WG.I/XVIII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-huitième session	Non reproduit
3. Documents d'information		
A/CN.9/WG.I/XVIII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI
2. Résolutions de l'Assemblée générale
3. Rapports de la Sixième Commission
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)
6. Documents soumis aux Groupes de travail:
 - a) Groupe de travail I:
Délais et prescription (1969 à 1971); projets d'infrastructure à financement privé (2001 à 2003); passation de marchés (depuis 2004)
 - b) Groupe de travail II:
Vente internationale de marchandises (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000); arbitrage commercial international et conciliation (depuis 2000)
 - c) Groupe de travail III:
Réglementation internationale des transports maritimes (1970 à 1975); droit des transports (depuis 2002)**
 - d) Groupe de travail IV:
Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échange de données informatisées (1992 à 1996); commerce électronique (depuis 1997)
 - e) Groupe de travail V:
Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité (1995 à 1999); insolvabilité (depuis 2001)*
 - f) Groupe de travail VI:
Sûretés (depuis 2002)**

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000), ce groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session, A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI		
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A
A/59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A
A/60/17 (trente-huitième session)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, A
A/61/17 (trente-neuvième session)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, A
A/62/17 (quarantième session)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, A
A/63/17 (quarante et unième session)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, A
A/64/17 (quarante-deuxième session)	Volume XL: 2009	Première partie, A

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
31/100	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
61/32	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
61/33	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
62/64	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/65	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/70	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
63/120	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/121	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/123	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/128	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
64/111	Volume XL: 2009	Première partie, D

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
64/112	Volume XL: 2009	Première partie, D
64/116	Volume XL: 2009	Première partie, D

3. Rapports de la Sixième Commission

A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C
A/57/562	Volume XXXIII: 2002	Première partie, C
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C
A/60/515	Volume XXXVI: 2005	Première partie, C
A/61/453	Volume XXXVII: 2006	Première partie, C
A/62/449	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, C
A/63/438	Volume XXXIX: 2008	Première partie, C
A/64/447	Volume XL: 2009	Première partie, C

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B
TD/B/40(1) 14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B
TD/B/42(1)19 (Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B
TD/B/52/10 (Vol.I)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, B
TD/B/53/8 (Vol.I)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, B
TD/B/54/8 (Vol.I)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, B
TD/B/55/10 (Vol.I)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
TD/B/56/11 (Vol.I)	Volume XL: 2009	Première partie, B
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)		
A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B, C
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/210	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/219 et Add.1 (F-Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/222	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/393	Volume XXV: 1994	Troisième partie, I
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI
A/CN.9/431	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/522 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/533 et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/542	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/543	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/544	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/545	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/546	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/547	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/548	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/549	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/550	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/551	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/552	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/553	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VI
A/CN.9/554	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/555	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/557	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, I
A/CN.9/558 et Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/559 et Add.1 à 3	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/560	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VII
A/CN.9/561	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IX
A/CN.9/564	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, XI
A/CN.9/565	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/566	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, II
A/CN.9/568	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/569	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/570	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/571	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/572	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/573	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/574	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/575	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/576	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/578 et Add.1 à 17	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, G

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/579	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, C
A/CN.9/580 et Add.1 et 2	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, IV
A/CN.9/582 et Add.1 à 7	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/583	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/584	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/585	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VI
A/CN.9/586	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/588	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/589	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/590	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/591 et Corr.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/592	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/593	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/594	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/595	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/596	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/597	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/598 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IX
A/CN.9/599	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VII
A/CN.9/600	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/601	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, IV
A/CN.9/603	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/604	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/605	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/606	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/607	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/609 et Add.1 à 6	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, K
A/CN.9/610 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, L
A/CN.9/611 et Add.1 à 3	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/614	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/615	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/616	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/617	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/618	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/619	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/620	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/621	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/622	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/623	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/624 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/626	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, IX
A/CN.9/627	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/628 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, X
A/CN.9/630 et Add.1 à 5	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/631 et Add.1 à 11	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/632	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/634	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/637 et Add.1 à 8	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/640	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/641	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/642	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/643	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/645	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/646	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/647	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/648	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/649	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II
A/CN.9/651	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IX
A/CN.9/652	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/655	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, A

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/657 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, X
A/CN.9/659 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/664	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/665	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/666	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/667	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/668	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/669	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/670	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/671	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/672	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/673	Volume XL: 2009	Troisième partie, II
A/CN.9/674	Volume XL: 2009	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/675 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, VII
A/CN.9/678	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/679	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/681 et Add.1 et 2	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/682	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, C

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9 Volume II: 1971 Deuxième partie, I, C, 1

ii) Projets d'infrastructure à financement privé

A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2 Volume XXXIV: 2003 Deuxième partie, I, B

iii) Passation de marchés

A/CN.9/WG.I/WP.31 Volume XXXVI: 2005 Deuxième partie, II, B

A/CN.9/WG.I/WP.32 Volume XXXVI: 2005 Deuxième partie, II, C

A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2 Volume XXXVI: 2005 Deuxième partie, II, E

A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 Volume XXXVI: 2005 Deuxième partie, II, F

A/CN.9/WG.I/WP.36 Volume XXXVI: 2005 Deuxième partie, II, G

A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1 Volume XXXVII: 2006 Deuxième partie, III, B

A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1 Volume XXXVII: 2006 Deuxième partie, III, C

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, I
A/CN.9/WG.I/WP.47	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.I/WP.48	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.I/WP.50	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.I/WP.51	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.I/WP.54	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.I/WP.55	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.I/WP.56	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.I/WP.58	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.59	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.I/WP.61	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.I/WP.62	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.I/WP.63	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.I/WP.64	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, J

b) Groupe de travail II

i) Vente internationale de marchandises

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
<i>ii) Pratiques en matière de contrats internationaux</i>		
A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 a)
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 b)
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 c)
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D
<i>iii) Arbitrage commercial international</i>		
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.149	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.152	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.154	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, E
c) Groupe de travail III		
<i>i) Réglementation internationale des transports maritimes</i>		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3
<i>ii) Droit des transports</i>		
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, S

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.72	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.75	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.76	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.81	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.87	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.88	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.93	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.III/WP.94	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.III/WP.95	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.III/WP.96	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.III/WP.97	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.III/WP.98	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.III/WP.99	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.III/WP.101	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/WG.III/WP.102	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, K

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.III/WP.103	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, L
d) Groupe de travail IV		
<i>i) Effets de commerce internationaux</i>		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 d) à f)
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 g) et h)
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3
<i>ii) Paiements internationaux</i>		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B
<i>iii) Commerce électronique</i>		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 et	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, C

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
Add.1 à 4		
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, E
e) Groupe de travail V		
<i>i) Nouvel ordre économique international</i>		
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D
	<i>ii) Insolvabilité</i>	
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, D

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.83	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.87	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.88	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, H
f) Groupe de travail VI: Sûretés		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et Add.6 à 8	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1 et 2 et Add.4	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, H
A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, B

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.794 à 810	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.836 à 864	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.865 à 882	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.889 à 899	Volume XL: 2009	Troisième partie, I

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI		
	Volume I: 1968-1970	Troisième partie
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie
	Volume II: 1971	Deuxième partie
	Volume III: 1972	Deuxième partie
	Volume IV: 1973	Deuxième partie
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II
	Volume X: 1979	Troisième partie, II
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV

<i>Cote du document</i>	<i>Volume, année</i>	<i>Partie, chapitre, section</i>
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III
A/CN.9/517	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, IV
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, III
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, III
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II
A/CN.9/673	Volume XL: 2009	Troisième partie, II



